

<36624552550014

S

<36624552550014

Bayer. Staatsbibliothek

LEHRE
vom
SCHADENSERSATZE

von
D. FRANZ SCHOEMAN.

Erster Theil



CULPA.

Giesen und Wetzlar 1806.

bey Tasché und Müller.



Die Lehre, welche ich hier bearbeitet dem juristischen Publicum vorlege, ist durchaus mit Schwierigkeiten verwickelt, deren Auflösung dem Theoretiker wie dem Practiker gleich wichtig ist. Es sind der dunckeln und vielsinnigen Fragmente so viele, daß selbst Donneau den auffallendsten Collisionen nicht entgieng, und der practische Leyser an ihrer Enträthselung gänzlich verzweifelte — Wiederholte Versuche sind inzwischen von Nutzen, und wenn einmal die römische Terminologie d. h. die wahre Bedeutung zweyer einzigen Ausdrücke diligentia und custodia ganz ins Reine gebracht ist, warum

sollte dann die Subsumtion der einzelnen Stellen unter die daraus abstrahirten allgemeinen Grundsätze so ganz unmöglich seyn? — Zwar bin ich überzeugt, dass der in neueren Zeiten wieder aufgelebte Geist trockener Exegese die Terminologie jener Worte schwerlich ergründen wird, und, sollte er auch hierin noch so glücklich seyn, immerhin noch gar mancherlei bedeutende Einwürfe unbeseitigt zurücke lassen muss: Auch Rechtsgeschichte wird hier um kein Haar weiter bringen — sondern philosophische Gesichtspunkte, deren Verbindung mit Exegese überhaupt unserm Zeitalter vorbehalten scheint, werden den Bearbeiter auf einen höheren Standpunkt versetzen, der es ihm möglich macht, die sichersten Resultate mit der grössten Bestimmtheit aus einigen classischen Stellen zu entwickeln. Uebrigens lassen sich die einzelnen Geschäfte nicht durchaus unter allgemeine Obersätze bringen, wie es die gefährliche Methode vieler Docenten ist; daher muss die be-

v

sondere Erörterung eines jeden einzelnen Geschäftes dem Bearbeiter weder zu lästig noch zu klein scheinen.

Dass diese Rechtslehre einzeln erscheint, ist zufällig; sie war nebst andern schwierigen Lehren des römischen Rechtes zum ersten Bande meines Handbuches des Civilrechts bestimmt, durch den Wunsch mehrerer Gelehrten aber fühlte ich mich bewogen, in den Antrag der Verlagshandlung zu willigen, die Culpa als ersten Theil einer Darstellung der Lehre vom Schadensersatze noch besonders auszugeben. Da bei dieser Lehre das ganze Detail von einigen Grundbegriffen abhängt, deren richtige Bestimmung gerade das Problem ist, so schien mir das Allegiren der Schriften, welche nichts zur Interpretation beitragen, höchst unzweckmässig und nur etwa dazu dienlich, die Bogenzahl zu vermehren — dass Wald-eck und Höpfner hin und wieder besonders angeführt werden, ist Folge der besonderen

Rücksicht, welche das Handbuch auf diese beiden Führer des juristischen Lehrlinges nimmt.

Kommende Michaelismesse wird das zweite Bändchen der Entschädigungslehre erscheinen und dieselbe beschliessen.

Wetzlar

den 12. Octob. 1805.

Der Verfasser.

Ein ganz vorzüglicher Werth einer Gesetzgebung liegt bekanntlich in der sorgfältigsten Trennung der gesetzgebenden Function von der richterlichen und in der möglichsten Verbannung aller Willkühr des Richters im Rechtsprechen. In diesen Hinsichten sein Gesetzbuch durchaus dem Ideale möglichst zu nähern bleibt gewiss ewig jedem Gesetzgeber sehr schwer — am schwierigsten wird aber unstreitig diese Aufgabe alsdann, wenn es der Bestimmung des äusseren rechtlichen Einflusses innerlicher Verhältnisse des menschlichen Gemüthes gilt: je tiefer sie

dem Auge der Forschung verborgen liegen, und je mehrere Geschäfte sie etwa umschlingen, mit desto größerer Schärfe muß die Gesetzgebung den Richter an äussere Beobachtungsmerkmale binden.

So steht das Versehen, die Unachtsamkeit des menschlichen Herzens, die Quelle so unermesslich vieler Beschädigungen, in ihrem grenzenlosen Einflusse auf des Bürgers Thun und Lassen vor den Augen des Gesetzgebers zu seiner rechtlichen Bestimmung. Fast alle denkbare Rechtsgeschäfte, fast alle Verhältnisse der Coexistenz fordern hierüber sichere Entscheidungsnormen vom Gesetzgeber — psychologische Untersuchungen soll er dem Richter abschneiden, nach leichteren und zuverlässigeren Erscheinungen der Aussenwelt soll er dessen Urtheil im Voraus festsetzen.

Die Unachtsamkeit hat allerdings Grade: hier entdeckt die vernünftige Reflexion, daß der Unfall dem Leichtsinn auf der

Stelle folgte und folgen mußte; während dort das begangene Versehen nicht sogleich denselben erzeugte, etwa noch mittlerweile durch bessere Thätigkeit abgewendet werden konnte — hier sieht der Gesetzgeber, daß der Unachtsame gar nichts beim Geschäfte gewinnen konnte, blos aus Gefallen und um seinem Mitbürger zu nutzen, auch etwa aus Amtspflicht, demselben sich unterzog; dort zeigt sich theils beiderseitiger Vortheil aus dem Geschäfte, theils der ganze Vortheil daraus auf Seiten desjenigen Theiles, der aus Unachtsamkeit dem Andern schadete — — hier ist ein bloßes Versehen ohne positives Factum, nur durch die Concurrenz äusserer mißlicher Umstände schädlich geworden; dort hat der beschädigende Theil ohne Überlegung durch sein positives Handeln unmittelbar geschadet — hier erfordert die Natur des Geschäftes eine fleissigere Administration und deren Übernahme, dort nicht — endlich erscheint der Schade des totalen Verlustes

der Sache für den beschädigten Mitbürger weit drückender als die bloße Deterioration derselben.

Alle diese Modificationen des Verlustes durch Versehen lassen keinen Zweifel übrig, daß sie eben so wenig nach einerlei Grundsätzen behandelt werden dürfen, als die Vorschrift der Gesetzgebung, alles Versehen ohne Ausnahme dem Beschädigten zu prästiren sich rechtfertigen ließe.

Sehr philosophisch scheint mir das römische Recht über alle diese Beziehungen disponirt zu haben, aber verschiedenartiger Gebrauch derselben Worte, Mangel an Übersicht und Combination der Gesetze, auch das nicht gefühlte Bedürfnis der practischen Darstellung möglicher Fälle hemmten den Weg zur Erfindung der Wahrheit, welche gewis nicht unergründlich ist.

Mit Evidenz glaube ich das unbefriedigende selbst der Theorie von Doneau, die zwar wider Verdienst ungekannt geblieben

ist, zu zeigen. Möge dann dieser Versuch wenigstens einen besseren Geist zur Übernahme einer höchstverdienstvollen Bearbeitung erwecken.

A.) *Gemeine Theorie.*

Vor Doneau schon hatte sich ein herrschendes System über die Lehre von der Culpa gebildet, welches man uns noch jetzt fast in allen Werken unserer Zeit, etwa mit unbedeutenden Veränderungen im Detail, vorträgt. Man unterschied *culpa* von *dolus*, und setzte ihren Character schlechtweg in der Unterlassung des nötigen Fleißes. Thun und Nichtthun behandelte man ganz nach einerlei Grundsätzen und nach den Eintheilungen des Versehens in Grobes (*culpa lata*), Mittleres (*culpa levis*) und Geringstes (*culpa levissima*) — Mußte der Beklagte nur *culpam latam* prästiren, so war er auch für seine positive und unmittelbar schädliche Handlung, Corruption oder

Vernichtung der Sache durch ein geringeres Versehen nicht verantwortlich. — Die *Lex aquilia*, die doch bekanntlich eine jede durch schädliches Versehen erzeugte positive Handlung vindicirt, paßte nach dieser Ansicht nur auf aussergeschäftliche Beschädigungen: auch wandte man diese wichtige Gesetzgebung nur auf die Verletzung solcher Sachen an, welche wahrhaft im fremden Eigenthume zur Zeit der Beschädigung standen (*rem alienam — domino — nach caput I. und III. legis aquiliae*): zerbrach z. B. der Verkäufer nach eingetretener Perfection des Kaufcontractes, jedoch von geschehener Tradition, die verkaufte Sache, welche neben der seinigen zu Hause stand, etwa mit derselben aus einem ganz geringen Versehen, so mußte der Käufer den Schaden tragen, denn den Verkäufer liefs man ohne Unterschied nur *culpam levem* prästiren . . . Die Begriffe von *culpa lata*, *levis* und *levissima* wurden durchaus mit der grössten Unbestimmt-

heit gegeben — sie wurden als Versehen, welche man von nachlässigen, sorgsammen und höchstsorgsammen Hausvätern nicht erwartet, characterisirt. Die römische Terminologie konnte, wie sich von selbst versteht, nicht ungemodelt bleiben. Die Ausdrücke *diligentia et custodia* hielt man durchaus für eins, und mit ihnen wieder die *culpa levissima* durchaus für gleichbedeutend so wie man durch *culpa* das Thun und Nichtthun überall bezeichnet glaubte. Diefs Alles rechtfertigte man durch die l. 23. D. *de regulis juris* „„*contractus quidam dolum tantum* (also auch *culpam latam* l. 1. §. 1. „D. *si mentor falsum modum*) *recipiunt*, „*quidam et dolum et culpam* (nämlich „*levem*) — *dolum tantum depositum et precarium* — *dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum item dotis datio, tutela, negotia gesta: in his quidam et diligentiam*, „(nämlich *culpam levissimam*)““ in der Zu-

sammenstellung mit l. 5. §. 2. *in fine D. commodati* „ „ *commodatum autem solam utilitatem ejus continet, cui commodatur; ideo ab hoc et culpam praestandam et diligentiam* „ (d. h. *culpam levem et levissimam*)“ „ §. 5. eod. „ *custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare*“ „ (nämlich *culpam levissimam*, denn *diligens custodia* und *diligentia*, konnten ja wohl eins seyn.)

Damit war inzwischen noch nicht Alles erklärt — man fand hin und wieder noch den Ausdruck: *praestare diligentiam quam in suis rebus* — so richteten die Gesetze den Socius, den Tutor, den Ehemann, den Communionsinteressent — wie half man sich hier? in einigen Stellen wurde der Socius auch schlechthin für *culpa* in Anspruch gesetzt (l. 23. pr. und l. 72. pro socio). Diefs ist die *culpa levis*, raisonnirte man, und beschloß nun eine Unterabtheilung der *culpa levis in abstracto* und *culpa levis in concreto* — erstere wäre die mittlere Achtsamkeit, welche

jeder ordentliche Hausvater, letztere die, welche der Beklagte in seinen eigenen Geschäften leiste. Man vertiefte sich nun noch mehr — was bei einem nachlässigen Menschen *culpa levis in concreto* war, könnte bei einem fleissigeren *culpa lata* seyn — — sogar erfand man eine *culpa versutiae* und eine *culpa negligentiae*.

Die practische Anwendung dieser Grundsätze wurde schliesslich dahin bestimmt:

- 1) Überall werde *culpa lata*,
- 2) gewöhnlich auch die *culpa levis in abstracto* prästirt — nur
- 3) wenn aus einem Geschäfte auf den einen Theil aller Vorthail, auf den andern aller Nachtheil falle, stehe jener für die *levissima* sogar, dieser blofs für die *lata* ein —
- 4) der Socius, der Tutor, der Ehemann und der Communionsinteressent seyen nebst der *lata* nur

noch für die *levis in concreto* verantwortlich.

5) Stillschweigende Convention, für *culpa levissima* haften zu wollen, entscheide bei der *negotiorum gestio* u. a. m.

Diese Darstellung hat man abstrahirt aus *l. 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. und 5. l. 18. pr. D. commod. l. 226. l. 213. §. fin. l. 223. pr. D. de verbor. signif. l. 1. §. 1. Si mensor falsum modum. l. 114. de reg. juris l. 10. l. 33. pr. de administr. tut. l. 36. de reg. jur. l. 1. §. 35. D. depositi. l. 8. §. 1. D. ad leg. Aquil. §. 2. in f. instit. de oblig. quae quasi ex contractu l. 72. l. 23. pro socio*; unter dem Heere von Juristen, welche dieses System vertheidigen, stehen auch Höpfner *) und Waldeck **).

*) im Commentar Tit. *de obligationibus* §. 758 folg.

**) in compend. institut. Tit. *de oblig.* §. 597. 98.

Aus meiner unten folgenden neuen Darstellung wird sich der Leser erst alle Irrthümer dieser gemeinen Theorie ganz klar vor Augen halten können — hier also nur einige Einwürfe dagegen, welche das Weitere ahnen lassen. . . . Aus dem Kaufcontracte hat jeder Contrahent Vorthteile, jeder sollte also dem andern nur für *culpa levis* einstehen, nicht für die *custodia*, *diligentia* oder nach der gemeinen Meinung *culpa levissima* — dann hätten aber Gajus und Paullus sehr Unrecht, denn beide machen den Verkäufer vor der Tradition zur *diligentia* und *custodia* tenent. l. 2. §. 1. l. 3. D. de peric. et commodo rei vend. — Aus dem Miethcontracte bezieht jeder Contrahens Vorthteile, so wie auch aus dem Pfandcontracte: doch wird der Conductor in §. ult. instit. de locat. conduct. für *custodia*, *qualem diligentissimus paterfamilias praestat*, und der Pfandgläubiger in l. 13. §. 1. D. de pignorat. act. für *custodia* (nach der gemeinen

Theorie *culpa levissima*) verantwortlich gemacht — Der Ehemann soll nach der gemeinen Meinung für *culpa levis in concreto* stehen: wie wenn ein Minderjähriger, der noch nie seine Geschäfte verwaltete, am ersten Tage der Majorennität in die Ehe tritt, und nun gleich an den Dotalsachen durch Versehen einen Schaden thut — was für ein Versehen prästirt ein Solcher? Gilt dann auch Ulpian nichts, wenn er in *l. 23. de reg. jur.* und in *l. 5. §. 2. commod.* sagt, der Socius solle *culpam (levem)* prästiren? Der Socius soll *culpam levem in concreto* leisten — Ulpian, heisst es, macht ihn in den beiden ebenangeführten Stellen zur *levis* verbindlich, sicher meint er damit die *culpa levis in concreto* — es ist aber gar zu räthselhaft, was dann derselbe Ulpian dachte, da er vom Socius wieder an einem andern Orte die *custodia* fordert (*l. 52. §. 3. D. pro socio*)!!

Diese und mehrere andere ungeheure Blößen der gemeinen Theorie konnten dem

juridischen Forschungsgeiste des berühmten Doneau nicht entgehen — dieser versuchte sie in einer ausführlichen Darstellung von Grund aus zu stürzen, und eine ganz neue Theorie an ihren Platz zu stellen *).

B.) Doneau's Theorie.

Culpa lata und *levis* schienen diesem großen Juristen den rechtlichen Wirkungen nach voneinander verschieden, eine von der *levis* unterschiedene *levissima* aber verwarf er durchaus; die l. 44. D. ad legem Aquiliam, die einzige Stelle im ganzen Corpus juris, welche den Ausdruck *culpa levissima* enthalte, glaubte er, spreche dadurch keine andere aus, als die *culpa levis*: gerade so seyen *culpa lata*, *magna*, *latior* und *diligens*, *diligentissimus paterfamilias*, wie *vis magna*, *vis major* in der Gesetzsprache gleichbedeutend. Zum Beweise der Identität *culpae levis*

*) in commentar. juris civilis lib. XVI. cap. 7

und *culpae levissimae* führt er an: das aquilische Gesetz vindicare beide, und bestimme doch den Begriff der culpa allgemein in dem *non providere quod a diligente provideri potuit* (l. 31. eod.) Die Identität der *culpa lata, magna, latior* ist ohnehin allgemein anerkannt, und in der That keinem vernünftigen Zweifel unterworfen. Dagegen läßt es sich allerdings bezweifeln: ob *diligens* und *diligentissimus paterfamilias* einerlei sind? Doneau liefert für die Affirmative folgende Gründe: 1) *diligens paterfamilias* heiße bei den Alten ein *homo frugi* (l. 11. D. de peric. et commod. rei vendit), welchen Cicero (lib. 4. quaest. Tuscul. omnia recte faciens in privatarum rerum administratione unum — — 2) Gajus fordern in l. 18. pr. D. commodati vom Commodatar *diligentiam, quam diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*; Ulpian hingegen in l. 5. §. 5. D. eod. *custodiam diligentem*, wahrscheinlich ohne einander zu

widersprechen. — — 3) Der Pfandgläubiger und der Verkäufer würden in Ansehung der *diligentia* oder *custodia* (NB. Doneau hält auch diese Ausdrücke ganz gleichbedeutend) dem Commodatar von Ulpian und Paullus (*l. 13. §. ult. de pignorat. act. l. 3. de peric. et comm. rei vend.*) ganz gleichgesetzt; auf den Fall der Nichtidentität des *diligens* und *diligentissimus paterfamilias* würde sich demnach der Widerspruch der Gesetze noch weiter erstrecken — ja sogar 4) würde die auffallendste Absurdität daraus resultiren, der Conductor nämlich wäre zur geringeren Culpa tenent (*l. 25. §. 7. D. locati. §. ult. Inst. de locat. conduct.*), als der Commodatar (*l. 5. §. 5. D. commodati*).

Hiernach mußte aber Doneau nothwendigerweise die *diligentia*, so wie die *custodia* von der eigentlichen culpa gänzlich trennen; denn Gesetze, worin es heisst, *venit culpa, venit et custodia, venit et diligentia*, sind nichts Seltenes (vergl. *l. 13. §. ult. D. de*

pignorat. act. l. 23. de reg. juris, l. 5. §. 2. und 5. D. commod.) Einen andern Ausweg hatte er nicht . . . Er theilte demnach die *culpa lata* sowohl als die *levis* in zwei Abschnitte, *in faciendo* und *in non faciendo*: diese letztere bezeichnet er mit dem Namen *desidia ac negligentia* als Oppositum von *diligentia* — bei der *culpa lata* nimmt er übrigens auf diesen Unterschied keine weitere Rücksicht, weil diese überall ohne allen Unterschied prästirt werden müsse, bestehe sie *in faciendo* oder *in non faciendo*.

Sein Plan geht also auf die rechtlichen Wirkungen der *culpa lata* und der *culpa levis in faciendo* und *in non faciendo*.

a) An der *culpa lata* erkennt er ein Versehen, welches man in seinen eigenen Geschäften nicht begeht (*l. 32. D. depositi*), und die äusserste Grenze derselben an dem Nichteinsehen was jeder einsieht (*l. 232. D. de Verb. Signif.*). Diese *culpa lata* hält er wie den *dolus* in allen

Fällen für einen unbedingten Grund des Entschädigungsanspruches (l. 1. §. 1. *Si mentor falsum mod.*)

b) Die *culpa levis* (*culpa* ohne Zusatz) ist ihm alles Versehen, welches man auch in seinen eigenen Geschäften gleichwohl zu begehen pflegt, aber doch gegen einen dritten nicht begehen darf (§. 1. *in fine Instit. de obl. quae quasi ex contr. nasc.* §. 3. *Instit. quibus mod. re contrah. obl.* l. 22. §. 3. *D. ad Sctum Trebell.*). Die rechtlichen Wirkungen der *culpa levis* behandelt er nun nach dem Unterschiede, ob sie sich durch positives Handeln (*in faciendo*) oder durch Unterlassung (*in non faciendo*) äussert. Nachdem er noch zur leichteren Interpretation bemerkt hat, in der gesetzlichen Zusammenstellung, — *prae-stare culpam et quam in suis rebus diligentiam*, sey unter *culpa* die *levis in faciendo* unter *diligentia* hingegen die *lata in non faciendo* zu verstehen, geht

er hiernächst auf die einzelnen Contracte über, in welchen auch *culpa levis* zu prästiren sey.

aa) Der Depositär, der Agrimensor, der Commodator zu ausschliesslichen Gunsten des Commodanten, und der Empfänger eines Precarium haften nach seiner Meinung ohne besondere Verabredung durchaus nicht für *culpa levis* sondern nur für die *lata* (l. 23. de reg. jur. l. 5. §. 10. Commod. l. 1. si mensor.) Eben so der Particularfiduciarius, der keinen Vortheil dabei hat (l. 108. §. 12. de legat. I.)

bb) Alle andere Contrahenten macht er für *culpa levis* verantwortlich d. h. für jedes Versehen ohne Rücksicht der Grades und ohne Unterschied, bestehe es im Thun oder im Nichtthun. Nur in vier Geschäften fordert er nebst der *culpa*

levis in faciendo noch die *culpa lata in non faciendo*, namentlich vom *Socius* (*l. 23. de reg. jur. l. 72. pro Socio.* vergl. mit *§. ult. Inst. de societ*), vom *Communionsinteressent* (*l. 23. de reg. jur.* vergl. mit *l. 25. §. 16. famil. ercisc.*), vom *Ehemann* in Ansehung der *Totalsachen* (*l. 23. de reg. jur.* vergl. mit *l. 17. pr. de jure dotium*) und vom *Vormund* (*l. 23. de reg. juris* vergl. mit *l. 1. pr. D. de tut. et rat. distr.*).

Zum Schlusse findet Doneau in den gesetzlichen Verordnungen über das *Commodat* und demselben ähnliche Geschäfte das Besondere, daß der *Commodatar* in Fällen der Flut, des Brandes und anderer Gefahren unbedingt die fremden Sachen vor den seinigen sogar retten, und, sollte er diese vor jenen gerettet haben, dafür einstehen solle, also im *Commodat* und ähnlichen Geschäften ausnahmsweise mehr

prästirt werden müsse, als in anderen Contracten, welche *diligentiam* recipiren (l. 5. §. 4. l. 10. §. 1. D. commodati. l. 17. pr. D. de praescript. verbis.).

Nach dieser Theorie scheinen die meisten Gesetze des römischen Rechtes über die *culpa* vereinigt, aber doch scheint es nur so, und in der That ist es anders. Ich will vorerst nichts gegen Doneau zeigen, als dafs er die *diligentia* und *custodia* mit Unrecht für eins hielt. Am besten läfst sich diese Falschheit aus lege 23. D. de reg. juris beweisen — darin wird gesagt:

„*dolum et culpam (levem) recipiunt*
 „*mandatum, commodatum, venditum,*
 „*pignori acceptum, locatum, dotis da-*
 „*tio, tutela, negotia gesta — in his*
 „*quidam et diligentiam.*“

Mit dem Ausdruck *quidam* sind doch gewifs nur die wenigsten von den acht benannten Geschäften gemeint — Doneau versteht unter dieser *diligentia* soviel als

custodia, und unter beiden soviel als *culpa levis* (*seu levissima* nach seinen Ansichten) *in non faciendo* — diese *culpa levis* oder *levissima in non faciendo*, *diligentia*, *custodia* nach Donneau muß doch geleistet werden 1) vom Mandatar (*l. 21. Codic. mandati vel contra*) 2) vom Commodatar (*l. 5. §. 2. und 5. l. 18. pr. D. commod. vel contra.*) 3) vom Geschäftsführer (§. 2. *Instit. de obl. quae quasi ex contr. nasc.*) 4) vom Verkäufer (*l. 3. §. 1. l. 3. D. de peric. et comm. rei vend.*) 5) vom Miethsmann (§. 6. *Instit. de locat. conduct.*) 6) vom Pfandgläubiger (*l. 13. §. 1. l. 14. D. de pignoratitia act.*) . . . Wollte demnach Ulpian in der angeführten *l. 23. de reg. jur.* unter *diligentia* soviel als *custodia* und unter diesen beiden die *culpa levis seu levissima in non faciendo* verstehen, so mußte er Statt *quidam* — *plurimi* sagen. . . Wäre die *diligentia* das, was *custodia* ist, wie könnte derselbe Ulpian sie wiederholt nicht vom Käufer, Miethsmann und Pfandgläubiger

fordern (l. 5. §. 2. *D. commodati vel contra*)? — Und dann — wie reimt sich die l. 52. §. 3. *D. pro Socio* mit der terminologischen Erklärung Doneau's? Wenn es hierin heisst: *damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit: quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit etc.*, " " so ist nicht von *culpa in faciendo*, sondern von der *in non faciendo* die Rede — *custodia* soll nun *levis* nach Doneau seyn, und doch fordert er vom Socius nicht *legem in non faciendo*, sondern nur *latam in non faciendo*!

Ich erinnere hier noch, dass diese Theorie meinem Plane weit näher kommt, als die gemeine: so viel ist inzwischen jetzt schon gewiss, dass Doneau's Terminologie im Gan-

zen falsch ist: mag nun auch manches Resultat des Details vollkommen richtig seyn, so wird immerhin nur Zweifel den Zweifel verdrängen und wieder herbeiführen, so lange nicht die Principien, auf welche sich das Detail gründet, in ihrer historischen Zuverlässigkeit und Combination entwickelt sind.

Alle eigene Theorien hier speciell zu erörtern, welche sich seit Doneau wieder bildeten, würde höchstunzweckmäfsig seyn. Die Werke seiner Vorgänger, sowohl grössere, wie das von Pufendorf *), als academische und andere kleinere, wie die von Zoller, Wagner, Runge, Nерger etc., benutzte neuerer Zeit Herr Assess. Wehrn **). Für das System ist durch dieses weitschweifige Werk gar nichts gewonnen, auch scheint dieses so wenig als die Herstellung einer zu.

*) de culpa. Lemgo 1748.

**) doctrina juris explicatrix principiorum et caussarum damni, habita ratione doli, cul-pae etc., praestandi. Lips. 1795.

verlässigen Interpretation in dem Plane des Verfassers gelegen zu haben. Manches hat er zwar mit den Resultaten Doneau's gemein, insonders die fehlerhafte Ausscheidung des *damnum injuria datum* von vertragsmäßigen Verhältnissen. An eine Trennung der *diligentia* und *custodia* in ihren rechtlichen Wirkungen hat er nicht gedacht.

Die compendiarische Darstellung Thibaut's *) ist gewiß meisterhaft, gründet sich aber durchaus auf die Exegese und Terminologie von Doneau.

Die Systeme meiner Vorgänger sind nun insgesamt historisch widerlegt — sämtliche Beziehungen der Unachtsamkeit, des Versehens, so weit sie auf Rechtsbestimmungen Einfluß haben, müssen nun dargestellt, und die Begriffe einer jeden Species von Culpa historisch gegeben werden — Die Be-

*) vergl. System des Pandectenrechts §. 230 fg.

weise hierüber sind mit der philosophischen Aufstellung und Erläuterung der practischen Grundsätze aufs Innigste verwebt — — ich schreite demnach zur Entwicklung des Details.

Der Staat soll des Bürgers Eigenthum und Ansprüche sichern — das Ideal hiervon, beständige höchste Sicherheit ohne alle Verletzung, ist der Erfahrung nach unerreichbar — darum muß der Staat sein Mögliches thun, er muß wenigstens auf Entschädigungen bedacht seyn, in so ferne diese nur auf irgend eine Weise zu erreichen sind. Freilich kann der eigentliche Zufall, das unabänderliche Geschick, keiner Gesetzgebung unterworfen werden, eben weil dessen Verhütung von Thätigkeit menschlicher Kraft nicht abhängt — Leiden und Verlust bringt der Zufall allerdings, aber eine wahre Verletzung des Eigenthumes bringt er nicht; darum an Ersatz derselben, an Entschädigung für den Druck des Zufalls, kein Gedanke...

Aber wenn der Bürger oder dessen Eigenthum die Ursache der Beschädigung des Eigenthums des Mitbürgers sind, da sind Entschädigungs-fähige Wesen vorhanden — und es hängt nun hier von der positiven Gesetzgebung ab, den Entschädigungszwang nach ihren besten Einsichten zu bestimmen.

Die Natur der Sache zeigt uns im Allgemeinen zweyerlei Möglichkeiten, aus welchen alle Veranlassungen wahrer Rechtsverletzungen resultiren — positive beschädigende Facta und Nichtabwendung vorherzusehender äusserer Umstände, welche Verderben bringen — unmittelbare und mittelbare Ursachen der Verletzungen durch Versehen; beide sind Gegenstände des Ersatzes, die Wage der Gerechtigkeit muß sie nach bestimmten Maasstäben würdigen.

1.) Die Philosophie des Rechtes macht den Bürger unbedingt zur Entschädigung verhaftet, wenn er oder sein Eigen-

thum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers sind.

Vor der Beschädigung war der Zustand beider Mitbürger in Hinsicht dieser Beschädigung völlig gleich — darf diese, jetzt gestiftet, unersetzt bleiben, so hat eine schiefe Billigkeit die schändlichste Mißgeburt der Ungleichheit des Rechts zur Welt gebracht, wir sehen nun das Recht dem Unrecht unterliegen — Es geschah nicht in der entferntesten bösen Absicht, dem vorsichtigsten Manne konnte es in meiner Lage und in diesen Umständen eben so gehen, höre ich den Beschädiger dem abgebrannten Unglücklichen zurufen — Gerne hätte ich mein Thier gehalten, wäre ich nur zu Hause gewesen, nicht das mindeste Versehen kann man mir zur Last legen, schreit der gemeine Haufen — — Einerlei — das Eigenthum ist verletzt, der Eigenthümer ist ausser Schuld, eine schädliche Thätigkeit der Person oder des

Eigenthumes des Mitbürgers hat den Schaden gestiftet, diese Thätigkeit ist ohne Recht, sie vervortheilt das coexistirende Subject ohne Recht — soll das Verletzte unentschädigt bleiben, so erhält das Nichtrecht ein Übergewicht gegen das Recht des Eigenthumes, dem Bürger wird stillschweigend die Befugniß ertheilt, durch unrechtliche Thätigkeit seiner Person und seiner Sachen den Ruin seines leidenden Mitbürgers zu stiften — — Wie, o Staat! du vereinigest die Glieder zum Zwecke der wechselseitigen Hülfe, zum blühenden Glücke des ganzen Körpers; und du solltest deinen Schutz dem Bedrängten versagen, du solltest ihn unthätig vertrauern lassen, ohne sein Verschulden — weil die thätige, aber unrechtliche Kraft eines Mitbürgers die seinige zerstörte! Die Gleichheit des Rechtszustandes, worauf der Bürger gegen seinen Mitbürger den gegründetsten Anspruch hat, und wofür du, o Staat! Ga-

rant geworden bist, sollte auf diese unrechtliche Weise ohne Noth gebrochen werden? Das sey ferne!

Die Römer hinterließen uns im Titel *de damno infecto* und im neunten Buche der Pandecten ihre philosophischen Satzungen über alle denkbare Schäden der Art — Wir wollen die Materialien sichten, und zu einem wissenschaftlichen Gebäude zubereiten.

a) Selbst das leblose Eigenthum des Bürgers soll mit Ausnahme zufälliger Beschädigungen dem Mitbürger unschädlich seyn. Sind Mobilien die unmittelbare Veranlassung eines nicht zufälligen Schadens, so ist jedesmal entweder ein vernünftiges Wesen dabei in Schuld, und dann haben ohne Rücksicht des Grades der Schuld Noxalklage oder aquilische Klage Statt — oder ein im Eigenthume stehendes Vieh war die Veranlassung, daß die leblose Sache schadete: dann tritt die *actio de pauperie*

ein. Diese aus der Natur der Sache entnommene Abstraction bestätigt

*l. 52. §. 2. D. ad legem aquiliam: „in
 „clivo capitolino duo plaustra onusta
 „malae ducebant; prioris plaustri mu-
 „liones conversum plastrum subleva-
 „bant, quo facile mulae ducerent — in-
 „terim superius plastrum cessim ire
 „coepit; et, cum muliones, qui inter duo
 „plaustra fuerunt, e medio exissent,
 „posterius plastrum a priore percussum
 „retro redierat et puerum cujusdam ob-
 „triverat — dominus pueri cansulebat,
 „cum quo se agere oporteret? respondi,
 „in caussa jus esse positum: nam si mu-
 „liones, qui superius plastrum sustinu-
 „issent, sua sponte se subduxissent, et
 „ideo factum esset, ut mulae plastrum
 „retinere non possent, atque onere ipso
 „retraherentur, cum domino mularum
 „nullam esse actionem, cum homini-
 „bus, qui conversum plastrum*

„sustinuissent, lege aquilia agi
 „posse; nam nihilo minus eum dam-
 „num dare, qui, quod sustineret, mit-
 „teret sua voluntate, ut id aliquem feri-
 „ret, veluti siquis asellum, cum agitas-
 „set, non retinuisset, aequè siquis ex
 „manu telum aut aliud quid emisisset,
 „damnum injuria daret: Sed si mularum,
 „quia aliquid reformidassent, et muliones
 „timore permoti, ne opprimerentur, plau-
 „strum reliquissent, cum hominibus ac-
 „tionem nullam esse, cum domino mu-
 „larum esse (actionem de pauperie).“
 „Quodsi neque mularum neque homines in
 „caussa essent, sed mularum retinere onus
 „nequissent, aut, cum conniterentur, lap-
 „sae concidissent, et ideo plostrum cessim
 „redisset, atque hi, quo conversum fuis-
 „set, onus sustinere nequissent, neque
 „cum domino mularum neque cum homi-
 „nibus esse actionem. “ “ “

Unter den Immobilien können nur fehlerhafte Gebäude oder deren Theile durch Einsturz das Eigenthum des Mitbürgers beschädigen — dagegen kann sich dieser im Voraus durch den Antrag auf *cautio de damno infecto* sichern; thut er dieses nicht, so hat er seine nachherige Klaglosigkeit sich selbst beizumessen — nur noch Exception, d. h. Retention an den allenfalls auf seinen Boden bei Gelegenheit der Beschädigung hingefallenen Materialien des Nachbars steht ihm alsdann zu — war es ihm aber wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften oder wegen Kürze der Zeit unmöglich, Caution zu fordern, so kann er doch nachmals vom Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, in so fern dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will.

Diefs lehren in ihrer Zusammenstellung

l. 6. D. de damno infecto „evenit, ut
„nonnumquam damno dato nulla nobis

„competat actio, non interposita antea
 „cautione; veluti si vicini aedes ruinosae
 „in meas aedes ceciderint.“ “ l. 7. §. 1.
 „eod. „Hoc edictum prospicit damno
 „nondum facto: de damno vero facto
 „nihil edicto cavetur.“ §. 2. eod. „unde
 „quaeritur, si, antequam caveretur, ae-
 „des deciderunt, an sit aliqua adversus
 „dominum actio? et Julianus respondit:
 „si dominus aedium, quae ruerunt, vel-
 „let tollere, non aliter permittendum,
 „quam ut — non solum de futuro, sed
 „et de praeterito damno caveret; quod si
 „dominus aedium, quae deciderunt, ni-
 „hil facit, interdictum reddendum ei,
 „in cujus aedes rudera decidissent, per
 „quod vicinus compelleretur aut tollere
 „aut totas aedes pro derelicto habere.“ “
 l. 9. pr. eod. „integra re unusquisque
 „cogitur aut de damno infecto cavere, aut
 „aedibus carere, quas non defendit; et
 „quod re integra custoditur, hoc non

„inique etiam post ruinam aedium
 „praestabitur — denique (igitur) siquis
 „propter angustias temporis, aut
 „cum reipublicae causa aberat,
 „non potuerit damni infecti stipulari,
 „non inique praetorem curaturum, ut
 „dominus vitiosarum aedium aut damnum
 „sarciat aut aedibus careat — sententiam
 „hanc utilitas comprobat *).

b) Auch das lebende Eigenthum des
 Bürgers hat die römische Gesetzgebung dem
 Mitbürger möglichst unschädlich gemacht.

Richtete der fremde Sklave einen Schaden
 an, so war jedesmal entweder die Noxal-
 oder die aquilische Klage gegen den Ei-
 genthümer gegeben.

Titt. Pand. de noxal. act. und ad legem
 aquil. l. 45. D. locati.

*) add. l. 9. §. 3. und l. 44. D. eod. vergl.
 Com. v. Bynkershoeck obs. jur. rom.
 IV. 10.

Insonderheit gehört hieher die schädliche Thätigkeit des fremden Viehes.

Wilde Thiere — *bestiae* — sollen nicht an Orten gehalten werden, wo Menschenzugang ist und so, daß sie aller Vermuthung nach den Menschen sich nicht nähern können — handelt der Eigenthümer dagegen, so muß er im ersten Falle sich gefallen lassen, für den Schaden, welchen sein Thier anrichtet, das Duplum als Privatstrafe zu erlegen, und nebstdem noch den Schaden zu ersetzen oder sein Thier abzutreten;

§. 2. *Instit.* „*si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*“

im zweiten Falle kann er deshalb mit der aquilischen Klage belangt werden; hat hingegen der Eigenthümer gar nichts gegen die gesetzlichen Vorschriften versehen, so muß die Bestie, wenn sie anders schädlich werden soll, nothwendigerweise durch unvermuthliche Wildheit und Gewalt der Custodia des Eigenthümers entwischen; nun aber fällt

demselben keine Illegalität zur Last, und ohnehin nimmt auch mit dem ersten Tritte des Thieres zur Flucht sein Eigenthum ein Ende, für Schäden desselben haftet er nun auch nicht mehr :

l. 1. §. 10. D. si quadrupes fec. dic.

Zahme Thiere — *quadrupedes* — müssen dergestalt beobachtet werden, daß sie vernünftigen Vermuthen nach nicht schädlich werden. Fällt die positive schädliche Thätigkeit des Viehes dem Eigenthümer wegen seines Versehens zur Last, so hat der Beschädigte die *Aquilia* gegen ihn *).

*) *l. 1. §. 4. pr. D. h. t.* steht nicht im Wege „*si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, etc. haec actio (de pauperie) locum habet*“ „daß ein solches Thier ohne Versehen des Eigenthümers, etwa selbst dem Führer oder Hirten, Schaden thut, läßt sich sehr wohl denken, selbst wenn zwischen des Ochsen Hörner nach alter Sitte Heu befestigt war.

l. 1. §. 4. in fin. D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. l. 1. §. 5. D. eodem „Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui „damnum dederit; si contineri firmitus ab „alio poterit, haec actio (de pauperie) „cessabit et tenebitur, qui canem tenebat.“ “ “

Hat hingegen das Thier ohne alles Versehen des Eigenthümers blos aus innerem Triebe der thierischen Natur geschadet, so ist das thierische äussere Würken entweder der Natur nach von der Art, dafs es schlechterdings das bürgerliche Eigenthum beeinträchtigen mufs; oder nicht. Das Weiden ist ein unzertrennlich mit Schadenzufügung verknüpftes Würken der thierischen Natur — dafür entschädigten die Zwölftafelgesetze nach Ulpian's Zeugnisse den Verletzten vermittlest der *actio de pastu*. Alle andere äussere Wirkungen des thierischen Triebes sind nicht absolut

sondern nur zufällig beschädigend, d. h. können Schaden verursachen, aber unzertrennlich sind sie damit nicht verbunden — alle diese zufällig schädlichen Triebe der Thierheit bezeichnet Servius mit: *quando commota feritate* (durch die bloße unvernünftige Thierheit) *quadrupes nocuit*, und Ulpian, um sie noch besser vom Abweiden zu sondern, mit: *quando contra naturam pauperiem fecit* — und alle werden sie vermittelt der *actio de pauperie* vindicirt *). Doch ist es dem schuldlosen Eigen-

*) Ich kenne keinen unserer Interpreten, der nicht *damnum contra naturam* für *actus contra naturam* d. h. *contra consuetudinem naturalem generis* erklärt hätte. Alle stellen sie dem Abweiden noch tausend andere Beschädigungen *secundum naturam* zur Seite, und nun streiten sie sehr, welche Klage in dergleichen Fällen dem Verletzten gegen den Eigenthümer des schadenden Viehes zustehe? Die Billigkeitsliebhaber statuiren eine *actio in factum* — in neueren Zeiten verwirft man auch diese, und macht den Be-

thümer, der auch sein Eigenthum am Viehe nicht läugnete, erlaubt, dasselbe an Zahlungs

schädigten in dergleichen Fällen lieber ganz klaglos: „„Denn, heisst es, die Verfasser der Zwölftafelgesetze hätten zuerst den Grundsatz aufgestellt, ein *damnum contra naturam datum* solle ersetzt werden; hiernächst hätten sie noch hinzugefügt, auch ein *damnum secundum naturam* solle ersetzt werden, welches durch Weiden auf fremden Grundstücken geschehen sey — nichts könne demnach wahrscheinlicher seyn, als das man gute (aber uns unbekannte) Gründe gehabt habe, nicht jedes *damnum secundum naturam datum* unter das Gesetz zu ziehen“ — — aber ohne Rücksicht auf Vermuthungs- und analogische Gründe sey die Sache mit Einemale entschieden in l. 52. §. 2. in fine D. ad Leg. Aquil. „*quodsi neque homines neque mulae in caussa essent, sed mulae onus retinere nequissent, aut, cum conniberentur, lapsae concidissent, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus retinere nequissent; neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem* — hier sey der Fall, wo mit klaren Worten der Eigenthümer ganz freigesprochen werde, wenn seine

Statt dem Beschädigten zu überlassen, einerlei sey er *de partu* oder *de pauperie* belangt worden.

l. 14. §. 3. D. de praescript. verbis „neque ex lege XII. Tab. de pastu pecoris

Thiere nicht *contra* sondern *secundum naturam* Jemand beschädigt hätten “ “ “ der Schöpfer dieser Gründe ist Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts II. 8. — Unbedingten Beifall erhielt er von A. D. Weber in der 7ten Auflage des Höpfnerschen Commentars §. 1170. note *... Allein dafs die Worte legis 52. §. 2. in f. cit. „*quodsi neque homines neque mulae in caussa essent*“ einen wahrhaft casuellen Schaden aussprechen, für welchen Niemand verhaftet ist, habe ich schon oben erklärt... Wenn *damnum contra naturam* soviel, als *actus contra naturam* heifst, so konnte wohl auch Ulpian nicht so ganz allgemein sprechen: „*et si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret; ejus, quae concitavit, nomine (actio de pauperie) agendum erit*“ wenn zahme Thiere zusammenkommen, so ist das Miteinanderspielen, Nachlaufen etc. gewifs sehr natürlich!

agendum, quia non in tuo pascitur.“ “

Godefroi (Noten ad leg. XII. Tabb. Tab. VII.) meint, Ulpian verstehe hierunter das Hintreiben auf die Weide; allein es ist sehr unwahrscheinlich, daß zu Ulpian's Zeiten der Hintreiber mit der *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* belangt werden konnte.

Vergl. noch *l. ult. Cod. ad legem aquiliam.*

l. 1. pr. D. si quadrupes pauperiem etc.

§. 4. und §. 7. *cod.*

Paulus recept. Sent. I. 15. „Siquadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupede cedat.“ “ l. 1. §. 15.

D. si quadrupes pauperiem etc.

Daß diese *actio de pauperie* auf zweifüßsige Thiere angewandt *utilis* heißt, ist bekannt.

Die thätige Schädlichkeit des im Eigenthume stehenden Viehes ist also ebenfalls

durchaus mit dem Rechte der Sicherheit des beschädigten Eigenthümers von der Gesetzgebung durch das ädilitische Edict, die Klagen *legis aquiliae* (*ad exemplum legis aquiliae in factum*), *de pastu* und *de pauperie* ins Gleichgewicht gebracht worden . . . Mit dieser Ausführung vergleiche man die Bearbeitungen des Titels: *si quadrupes pauperiem* — von Höpfner und Waldeck!

c) Man streitet sich noch immer, ob aus den Gütern eines *Furiosus*, der einen Schaden anrichtete, Ersatz dafür verlangt werden könne? Wenn das römische Recht in einigen Stellen hiervon sagt: es sey so etwas ein *factum impune*, so hat es hiermit zwar die Strafflosigkeit wegen nicht vorhandener Imputation erklärt, aber die Entschädigungsforderung hängt davon nicht ab — *pauperies* ist ein solcher Schade unstreitig nach Ulpian's Begriffe davon als einem *damnum sine injuria facientis datum* (l. 1. §. 3.

D. si quadrupes pauperiem fec. dic.) Vermittelt der Aquilia, welche nämlich *culpa* unterstellt, kann freilich der Ersatz vom Furiosus nicht eingefodert werden (*l. 5. §. 2. D. ad legem aquil.*); aber warum dieser Anspruch mit der *actio utilis de pauperie* nicht durchgesetzt werden könne? sehe ich nicht ein — Die *lex 4. D. si quadrupes etc.* „*haec actio (de pauperie) utilis competit, si non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit*“ scheint hierüber keinen Zweifel zurückzulassen, wenn man sich anders nicht schämt, den Furiosus, so lange er Furiosus ist, ein *animal, quod sensu caret*, zu nennen. — — Mit Stillschweigen übergehe ich, daß Ulpian in *l. 5. §. 2. ad leg. aquil.* den Furiosus einem *quadrupes* d. h. einem unvernünftigen Thiere vergleicht; aber die Frage muß ich noch an meine Gegner stellen: ob dann der Furiosus nicht wegen einer *pauperies* seines Pferdes etc. mit der *actio de pauperie* belangt werden kann? dafür ist er ja doch auch kei-

ner Imputation unterworfen — warum sollte er dann nicht für sich selbst haften?

d) Ist endlich ein vernünftiges Rechtssubject durch seine positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung, so findet wieder in allen denkbaren Fällen eine Klage gegen das schadende Subject Statt, jedesmal auf volle Entschädigung (*actio in factum ad exemplum legis aquiliae*), zuweilen nach dem höchsten Werth, den die Sache im jüngstverflossenen Jahre (*cap. I. legis aquiliae*), zuweilen nach dem, welchen sie in den jüngstverflossenen dreißig Tagen (*cap. III. legis aquil.*) hatte, theils *actio legis aquiliae directa*, wenn *corpore corpori*, theils *utilis*, wenn *corpori, non corpore* die Beschädigung geschah.

Jedes Versehen, auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, wird auf die beschriebene Weise vermittelt der *Aquilia vindicirt*.

*l. 44. D. ad legem aquil. (von Ulpian)
 „in lege aquilia et levissima culpa
 venit.“*

Was die römische Terminologie betrifft, so finden wir die positive schädliche Thätigkeit des Bürgers, welche seinem Versehen folgte *), in den Fragmenten des Pandectentitels *ad legem aquiliam* häufig mit dem Ausdruck *culpa* belegt — ganz richtig, denn *culpa* bezeichnet jede Illegalität **) — aber zur leichteren Darstellung des Systemes ist es weit besser, diesen Ausdruck hier ganz zu verlassen, und mit dem ebenfalls legalen: *damnum injuria datum* die positive schäd-

*) Eben so, wenn er durch sein Versehen die schädliche Thätigkeit seines Viehes veranlasste, vergl. lit. b.

**) Ob *culpa* im weitesten Sinne nicht auch den *dolus* begreift — was *dolus* sey — ob Vorsatz zu schaden aus Leidenschaften *dolus* ist, werde ich in einer folgenden Abhandlung über *dolus*, *mora*, *id quod interest* und *casus* erläutern.

liche Thätigkeit zu bezeichnen, im Gegensatze von schädlichen Unterlassungen — *culpa*, nämlich *in non faciendo*, *culpa sensu proprio* —

Die *Aquilia* vindicirt also jedes widerrechtliche positive Factum, die positive schädliche Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange. In keinem der oben recensirten Systeme haben wir dieses Prinzip entdeckt: sollte es sich aber doch in seiner gegebenen Allgemeinheit aus unseren positiven Gesetzen über allen Zweifel hinausstellen lassen, so ist es evident, daß dasselbe einer richtigen Darstellung der Lehre von *culpa* als Basis untergelegt werden muß, und daß alle Lehrgebäude, bei welchen es vermißt wird, in sich selbst als unrichtig zerfallen.

Daß die *lex aquilia* unter dem Worte *Ruperit* alle denkbare Verschlechterungen einer Sache, welche die positive Thätigkeit bewirkt, verstand, darüber konnte

nie ein Zweifel entstehen. — In lege 27. §. 13, *D. ad legem aquil.* heisst es: „*rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit* *); und in §. 14. *Instit. de lege aquil.* „*ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*“““

— — Woran liegt es dann aber, dass man zeither die *lex aquilia* bei der Behandlung der *culpa* so ganz übersah? Diefs fällt in die Augen; man fasste sie nämlich doch nicht in ihrem vollen Umfange, man wandte sie an blofs auf solche Sachen, an welchen der Beschädigte zur Zeit der Beschädigung *Eigenthum* oder ein sonstiges *Realrecht* hatte, auch wandte man sie nicht an, wenn der Beschädi-

*) Eine Menge von Beispielen finden wir §§. 15. 18. 19. 20. 22. 32. *D. eod.*

ger und der Beschädigte in Ansehung der beschädigten Sache in vertragsmäßigen Verhältnissen standen... Diese beiden Beschränkungen sind der Philosophie des Rechtes durchaus entgegen; aber eben so deutlich unseren positiven Gesetzen zuwider.

Höpfner *) meint: „wenn man wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus dem aquilischen Gesetze anstellen wolle, so müßte der Grad von *culpa* vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contracte nach eigenen Regeln prästirt werde, z. B. beim beschädigten Depositum, die *culpa lata* nach l. 23. D. de reg. juris, denn sonst würden alle Regeln von den Graden der *culpa* und deren Prästation in den Contracten

*) im Commentar §. 1049., und mit ihm, ich kann sagen, alle mir bekannte Juristen.

„ganz unnütze seyn“ “ “ Aber um der Wahrheit willen! welch' eigene Verbindung hat dann das Verhältniß des Schadensersatzes mit den Vertragsverhältnissen? Ist es dann etwa fein philosophisch, das Recht des Schadensersatzes in vertragsmäßigen Verhältnissen so, und in nichtvertragsmäßigen Verhältnissen wieder anders zu construiren? Der Schade ist doch immer gleich, mag ich ihn durch meinen Mitcontrahent oder durch einen Dritten erleiden. — Zerbricht mir mein Socius im eifrigsten Betriebe unserer gemeinschaftlichen Glasgeschäfte meinen Lüstre, oder thut es der ruchlose nächtliche Dieb, so lange ich ohne Zwang mein Urtel sprechen darf, ist mir dieser Verlust gleich groß und empfindlich — meine Leser werden nicht anders urtheilen können — das Rechtsgefühl scheint den Beifall der römischen Gesetzgebung im voraus zu verbürgen. Ich frage hierüber den alten Gajus: er antwortet uns in l. 18. §. 1. *D. commodati vel contra* „sive

„*autem pignus, sive commodata res, sive*
 „*deposita deterior ab eo, qui acceperit,*
 „*facta sit; non solum istae sunt actiones, de*
 „*quibus loquimur, verum etiam legis*
 „*aquiliae* (nämlich nach Verschiedenheit
 der Fälle, ob Unterlassung oder positive Thä-
 tigkeit schädlich war, denn für diese letztere
 ausschliesslich aber freilich auch für alle Gra-
 de derselben, ist ja die Aquilia gegeben, und
 darum ist es ganz falsch interpretirt, wenn
 man etwa die Concurrenz der benannten
 Klagen für einerlei Fälle in den Sinn des
 grossen Gajus legen will). Diefs ist nun
 jenes bedeutende Fragment, jene unvermeid-
 liche Klippe, an welcher alle bisherige Sy-
 steme ohne Rettung scheitern. Man trennte
 nicht das *damnum injuria datum*, diese all-
 gemeine Rubrik für einen jeden von einem
 vernünftigen freien Sinnenwesen durch des-
 sen positives Factum dem Andern zugefüg-
 ten Schaden, von der eigentlichen *culpa* im
 engen Sinne, welche nur ein widerrechtliches

Unterlassen bezeichnet; man steifte sich ohne philosophische Reflexion zu sehr auf den Grundsatz *debitor officii culpam latam tantum praestat*, den man in einigen äusserst mißverstandenen Fragmenten Ulpian's (ich meine l. 5. §. 2. *D. commod.* und l. 23. *D. de reg. jur.*), ohne etwas Arges zu ahnen, in der vollensten Allgemeinheit niedergelegt glaubte. — Ulpian erstreckt doch selbst in l. 44. *cit. D. ad leg. aquil.* diese Klage auf ein jedes, auch das geringste, Versehen in positiven Handlungen, und der frühere Gajus, zu dessen Zeiten die Aquilia gewiß keine andere Eigenschaften hatte, wandte dieselbe auf verpfändete und deponirte Sachen an — doch Gajus nicht allein — lange vor ihm schon machte Julian dieselbe Anwendung in l. 42. *D. ad leg. aquil.* „*qui tabulas testamenti depositas ita delevit, ut legi non possint, depositi actione et ad exhibendum tenetur: legis aquiliae quoque actio ex eadem causa competit; corru-*

„*pisce enim tabulas recte dicitur et qui eas
 „interleverit“*“ und Ulpian selbst dachte
 in der Anwendung nicht anders, er gab in
 dem von Julian vorgetragenen Falle eben-
 falls die *actio in factum ad exemplum legis
 aquiliae* (l. 41. pr. circa fin. D. eod. „*Sed et
 si quis tabulas testamenti apud se depositas
 deleverit, utilius est in factum agi*““) — alle
 drei Gewährsmänner sprechen ganz allgemein
res deterior facta, corrupta, deleta —
 Wie leicht kann ein Dintenfaß, aus gering-
 stem Versehen umgeworfen, durch eine Fuge
 des Pultes die deponirte Urkunde unleserlich
 und unnütze machen! Der Depositar, wel-
 cher dieß durch seine unvorsichtige positive
 Thätigkeit bewirkte, soll doch durchaus da-
 für haften. — Nach der Natur der Aquilia
 war es allerdings höchstüberflüssig, einen be-
 sonderen Grad des Versehens zu bemerken *).

*) Von vielen Beispielen, daß die Aquilia auch
 unter Contrahenten Statt hat, nur noch

Nur der Beschädigte, meint man ferner, könne mit der Aquilia auftreten, „der zur Zeit der Beschädigung Eigenthümer der beschädigten Sache war, oder ein sonstiges Realrecht zu der Zeit daran hatte.“ Wahrlich! auf diese Weise wäre die Sicherheit des Obligationenrechtes vom Staate schlecht garantirt, der Bürger könnte ja die Foderung des Mitbürgers auf Kosten eines geringsten Versehens durch seine schädliche Thätigkeit im höchsten Grade kränken! Sollten unsere Gesetze solch eine Ungerechtigkeit dulden? Mehr wüßte ich in der That daraus zum Nachtheile eines Sachberechtigten nicht zu entnehmen, als dieses, daß der Eigenthümer der von einem Dritten beschädigten commodirten Sachen, nicht der Commodatar, aus dem aquilischen

eins: „*si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis aquiliae et ex locato actio est.*“ l. 43. D. locati. Add. l. 19. D. ad legem aquiliam. “

Gesetze gegen den Beschädigten klagt (l. 11. §. 9. *D. ad Legem aquiliam*); aber nichts weniger als bloß dem Eigenthümer oder Realberechtigten, der es zur Zeit der Beschädigung war, ist die *Aquila* gegeben, wie man aus l. 11. §. 9. und 10. *D. ad legem aquil.* deducirt, sondern auch dem, der zur Zeit der Beschädigung ein gegründetes Recht hat, einst Eigenthum an der beschädigten Sache zu erwerben, und zwar selbst gegen den dermaligen Eigenthümer, wenn dessen positive Thätigkeit die Ursache der geschehenen Verletzung war. Den Beweis hierüber liefern uns folgende Stellen:

l. 43. *D. ad legem aquiliam* „*dominum lex aquilia appellat, non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur* — eine Regel, welche nicht allgemeiner gefaßt werden kann. —

l. 17. *D. ad legem aquiliam* „*si dominus servum suum occiderit, bonae fidei pos-*

essori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.“ Unter dem *bonae fidei possessor* verstehe ich hier denjenigen, welcher den Sklaven schon zehn oder zwanzig Jahre besessen hatte, und gegen des Eigenthümers allenfalsige Klage sich mittelst der Einrede der Verjährung decken konnte — sein begründetes Recht, wenn es gleichwohl kein quiritarisches Eigenthum war, sollte ihm nicht durch die unrechtfertige Thätigkeit des Eigenthümers benommen werden. . . Eben so ist der, welcher einen Sklaven von seinem Schuldner zum Pfande erhielt, nicht Eigenthümer des Sklaven; inzwischen hat er doch das Recht der Retention gegen den Dritten *), der sein

*) Dafs der Beschädigte, wovon der Jurist spricht, nicht gegen den Eigenthümer eine Pfandforderung hat, ist daraus klar, dafs alsdann in dem gegebenen Falle nur auf Bestellung eines anderen Pfandes geklagt werden könnte.

Schuldner ist, solange bis dieser ihn befriedigt hat; der wahre Eigenthümer soll es ihm durch seine unrechtfertige Thätigkeit nicht nehmen.

Selbst Worte und Geist des aquilischen Gesetzes müßten uns schon zur nämlichen Auslegung führen, welche Pomponius in der angeführten *l. 43. D. ad legem aquil.* davon giebt. „*Qui servum alienum, alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit,*“ „heißt es *Cap. I.* und „*siquis alteri damnum faxit — tantum aes domino dare damnas esto.*“ “ “ Heißt dann *res aliena* nur gegenwärtiges Eigenthum, wir finden doch in Stellen diesen Ausdruck auch von solchen Sachen, welche dermalen nur einem persönlichen fremden Ansprüche unterworfen sind — *l. 21. D. de hered. vel actione vendita* und *l. 18. §. 9. D. de damno infecto* können als Beispiele dienen. — Was kann nun einen Zweifel erregen, daß die *lex aquilia* nicht in diesem allgemei-

nèn Geiste für alle Verletzungen fremder Ansprüche in der gesetzgemäßen Kürze gegeben würde?

Ich höre meine Gegner mir zurufen:
 „beide Fälle der *legis* 17. unterstellen in
 „der Person des Beschädigten ein Realrecht,
 „*dominium bonitarium* oder *pignus*; der
 „Realberechtigte mag dann gleichwohl gegen
 „den beschädigenden Eigenthümer selbst die
 „*Aquilia* haben: aber d a s a u c h d e r
 „Personalberechtigte gegen des Ei-
 „genthümers positive Thätigkeit
 „durchaus gesichert ist, wirst du
 „u n s n i e b e w e i s e n!“ — Sie fordern
 meine Verantwortung.

Wäre die Beschädigung von der Art,
 daß sie dem künftigen Erwerbe des Eigen-
 thumes auf Seiten des dermaligen Perso-
 nalberechtigten nicht im Wege steht, d. h.
 bloße Verschlechterung des Verbindlichkeits-
 gegenstandes — so ist er schon ziemlich
 sicher; er verschaffe sich nämlich baldmög-

lichtst das Eigenthum, und der Weg zur aquilischen Klage wegen des dereinst zugefügten Schadens ist ihm hiermit eröffnet — das spricht die allgemeine Regel, *legis* 43. *D. ad leg. aquil.* mit dürren Worten aus — — aber wie wenn die Sache durch das *damnum injuriae* des dermaligen Eigenthümers sogleich zu Grunde gieng, und demnach der Übergang derselben in das Eigenthum des Läsus nicht mehr zu erwarten steht? Sehen wir zu, ob auch dafür gesorgt ist. Ich finde nur zwey Specialfragmente, eins zu Gunsten des *conductor* und das andere zu Gunsten des *emtor*. Wenn uns aber eine genaue Untersuchung der practischen Verhältnisse sämtlicher Contracte auf das Resultat führt, daß die gegebene Frage nur beim Miethsmann und beim Käufer möglich ist *); so leisten

*) Der Commodant, Deponent, Pfandschuldner, Vermiether einer Sache, Socius, Com-

uns jene zwey Specialfragmente volles Genüge. Der Miethsmann als solcher hat nämlich vor geschehener Perception der Früchte noch kein dingliches Recht daran *), aber weder der Locator noch sonst Jemand hat ein Recht daran, dem Conductor müssen sie unversehrt bleiben — das römische Recht giebt ihm gegen jeden dritten (einerlei sey

munionsinteressent, Geschäftsherr, Pupill, Vermächtnißnehmer einer eigenen Sache des Erblassers, die Ehefrau in Ansehung ihrer *Dote* (wenn man anders mit *Langsdorf diss. de pactis et contractibus Romanorum* §. 68. 72. die *dotis datio* unter die Kategorie der Consensualcontracte rechnet) sind sämmtlich Eigenthümer der Sachen, von deren Beschädigung die Frage seyn kann.

*) §. 36 *instit. de rerum divis. et adquir. rer. domin. is, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit — — eadem fere de colono dicuntur* — es heisst *fere*, weil doch die Erben des Colonus Ansprüche auf die Früchte haben, die Erben des Usufructuars aber nicht.

er wer er wolle, auch der Locator selbst, denn dieser ist an sich gewiß eben so wenig an den Früchten berechtigt als ein jeder Dritte, welcher ihm durch seine positive Thätigkeit die Früchte beschädiget, die *actio legis aquiliae* oder die *actio in factum ad exemplum legis aquiliae*.

l. 27. §. 14. D. ad legem aquiliam „si avenam in segetem alienam injeceris, si locatus sit fundus, in factum agendum et, si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet — §. 25. eod. „si olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, aquilia tenebitur.“ “ “

Eben so hat der Käufer nach eingetretener Perfection des Contractes, aber vor geschehener Tradition der Sache, nur ein persönliches Recht gegen seinen Verkäufer, daß ihm dieser dereinst nach gezaltem Kaufschillinge die verkaufte Sache tradire. Inzwi-

schen soll ihm Niemand durch mittlerweile an der Sache verübte positive Facta schädlich seyn. Schadet auf diese Weise mittlerweile ein Dritter, so kann der Käufer zwar nicht geradezu selbst klagen, aber sein Verkäufer ist gezwungen, entweder selbst deshalb gegen den Dritten mit der Aquilia aufzutreten, und das Errungene an den Käufer, dem die Gesetzgebung von Zeit der eingetretenen Contractsperfection an alle Vortheile zuspricht, herauszugeben, oder wenigstens demselben seine Zuständigkeiten und Klagen gegen den Dritten abzutreten.

l. 11. §. 9. D. *quod vi aut clam.* „Plane si post venditionem fundi opus factum est: etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est; tamen ex emto actione emtori tenebitur; omne enim et commodum et incommodum ad emtorem pertinere debet.“ Add. l. 18. §. 9. D. de *damno infecto.* l. 13. §. 12. D. de *act. emti vend.* „Sed et siquid praeterea rei

venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel aquiliae etc. “ “ “

Schadet nun aber auf die oben angeführte Art mittlerweile der Verkäufer selbst, der doch noch zur Zeit Eigenthümer der Sache ist, wie hilft sich der Käufer gegen dessen positive Thätigkeit aus geringstem Versehen? . . . Kann er gegen den Verkäufer klagen?

Die practische Wichtigkeit dieser Frage sieht ein jeder von selbst — alle Rechtsgelehrte, welche eine *culpa levis* und eine davon unterschiedene *levissima* annehmen, antworten mir: Nein *) — — meine Urtheilskraft sagt mir: Ja — Doneau stimmt

*) Sie beziehen sich auf l. 23. de reg. jur. und l. 5. §. 2. D. commod. — In diesen beiden Stellen nämlich heisst es, werde der Verkäufer nur für *culpa (levis)* verantwortlich gemacht . . . Unten im zweiten Abschnitte werden diese Stellen erklärt.

mir bei, denn *levis* und *levissima* trennt er nicht; aber sein System überhaupt ist theils practisch unrichtig, theils auf mißverstandene Gesetze gebaut — ich darf mich nicht auf ihn berufen — ich muß meine Entscheidung aus einer andern Quelle deduciren.

Ich schlage dem Käufer gegen den Verkäufer die *actio emti* und die *actio legis aquiliae* vor — jene für den Fall des gänzlichen zu Grunderichtens, diese für den Fall der bloßen Deterioration der verkauften Sache — einer von beiden Fällen muß nothwendigerweise eintreten.

Wir wissen aus der oben aufgeführten l. 43. *ad legem aquil.*, daß man, um von dieser Klage Gebrauch zu machen, nicht gerade zur Zeit der Beschädigung schon Eigenthümer der Sache gewesen seyn muß, sondern auch nachmals erlangtes Eigenthum dazu alsdann berechtigt, *dominum lex aquilia appellat, non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur.* — Auch können wir

nicht daran zweifeln, dass nach eingetretener Perfection des Contractes das etwaige Eigenthum zur Zeit den Verkäufer nicht berechtigt, die verkaufte Sache zu beschädigen — in Ansehung des gegenüberstehenden Käufers hat er es ja nur noch zur Sicherstellung des an ihn zu erlegenden Kaufschillinges; alle andere Vorthelle desselben gegen dritte Personen muss er ja dem Käufer vermittelt der Restitution oder Abtretung überlassen *). — Setzen wir also, der Verkäufer habe, zur Zeit seines Eigenthumes noch, die verbindlich verkaufte Sache blos verschlechtert, so leidet dadurch der Käufer nicht — er klagt vorerst auf Tradition, und belangt sodann den Verkäufer mit der Aquilia. — — Gesetzt aber, der Verkäufer richtete positiv thätig,

*) vergl. die oben angeführten l. 11. §. 9. D. quod vi aut clam und l. 13. §. 12. D. de act. emt. vend. auch l. 35. §. 4. D. contrah. emt. „*vindicationem rei et conditionem exhibeat venditor emtor.*“ “ “ “

jedoch aus geringstem Versehen, die verkaufte Sache mittlerweile ganz zu Grunde — damit wäre ja die schöne Gesetzgebung, die wichtige Regel, welche uns Pomponius in der angeführten *l. 43. ad legem aquil.* aufstellte, mit Einemmale unnütze gemacht! läßt sich nicht erwarten. — Wie stünde es auch um die politischen Verhältnisse, um Beförderung des Handels und Wandels? Der Kaufkontrakt, eine der Hauptadern des Staatskörpers! Der Käufer soll zahlen müssen, und der Verkäufer durch seine schädliche Thätigkeit die Waare destruiren dürfen! mit einer schalen Einrede des geringsten Versehens gehört werden! Schande einer Gesetzgebung, welche ein so schreiendes Unrecht nicht verdrängt. War gleichwohl das Gesetz des Aquilius hierauf nicht berechnet, so trat die römische Interpretation hier ins Mittel, um die Forderungen der Rechtsphilosophie an den Volkstribun zu versöhnen, und dem mangelhaften Plebiseite die *custodia* zur

unzertrennlichen Begleiterin an die Seite zu geben. — Der Verkäufer wurde nämlich zum geringsten Versehen in Betreff des Umkommens der Sache verantwortlich gemacht, einerlei, ob sein Versehen noch eine schädliche positive Thätigkeit zur Folge hatte oder nicht — eben so strenge war auch seine Verantwortlichkeit für das Abhandenkommen der Sache — so strenge war diese doppelte Responsabilität, daß nur Zufall, welcher dann begreiflich auch die unverschuldete Gewalt eines Dritten in sich schließt, ihn vom Ersatz des Schadens befreien konnte — das heißt, er ist zur *custodia* verpflichtet, durch die *actio empti*.

l. 2. §. 1. D. de peric. et commodo rei vend.
 „*custodiam autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam ut et diligentiam praestet; an vero dolum duntaxat? videamus: et puto eam diligentiam vendi-*

torem exhibere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. “ “ “

1. 3. D. eod. „*custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*“ “ “

Die weiteren Beweisstellen über diese wahre Bedeutung der *custodia* bleibe ich hier meinen Lesern schuldig, und verweise sie jetzt auf den zweiten Abschnitt dieser Abhandlung, wo gleich anfangs die römische Terminologie von *culpa lata, levis, custodia* und *diligentia* erklärt wird. . . . Hiermit wäre das Problem gelöst.

Sogar der Richter muß den durch den Spruch Verletzten entschädigen, wenn ihm nur das mindeste Versehen, die kleinste Unwissenheit bewiesen wird.

Pr. instit. de obligat. „*quae quasi ex delicto: si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur,*

„sed quia neque ex maleficio neque ex
 „contractu obligatus est, et utique pec-
 „casse aliquid intelligitur, licet per
 „imprudentiam; ideo videtur quasi
 „ex maleficio teneri, et in quantum de
 „ea re aequum religioni judicantis vide-
 „bitur, poenam sustinebit.““ *Add. l. 5.*
 „§. 4. *D. de oblig. et action.* und *l. ult.*
 „*D. de extraord. cognit.*“ “ “

Alle denkbare Fälle also, da man durch
 seine widerrechtliche positive Handlung,
 sey das Versehen noch so gering, Jemanden
 Schaden thut, sind der Aquilia, oder, wie
 schon oben erinnert, einer *actio in factum ad*
exemplum legis aquiliae unterworfen.

l. 33. §. 1. D. ad legem aquil. „in dam-
 nis (d. h. positiven widerrechtlichen
 Handlungen), quae lege aquilia non te-
 nentur, in factum datur actio.“ “ “

§. ult. in fin. *Inst. de lege aquilia* „si non
 corpore damnum fuerit datum neque cor-
 pus laesum fuerit, sed alio modo alicui

damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa neque utilis legis aquiliae actio; placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri. “ “ “

Im ganzen römischen Gesetzbuche finde ich hiervon nur zwei einzige Ausnahmen — der Agrimensor nämlich, einerlei ob er gedungen ist oder nicht, soll in Betreff seiner fälschlichen Bestimmung des Mases nur für *dolus* und *culpa lata* einstehen.

l. 1. §. 1. D. si mensor falsum modum „haec actio (in factum) dolum malum duntaxat exigit; visum enim est, satis coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est: proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aequè mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed etsi mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter

verba edicti: utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire. “ “ “

und der Schenker nur für *culpa levis*, so lange die geschenkte Sache dem Schenknehmer noch nicht tradirt ist. Durch diese Function wird gewiß die Rechtsgleichheit nicht verletzt, und der Beschenkte gewiß nicht widerrechtlich vervortheilt.

l. 37. D. de verbor. oblig. „ si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur. “ “ “

Man könnte mir wohl auch noch aus *l. 7. §. 2. D. de administrat. tutor. „ (quid si non bonam conditionem elegerint tutores? recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere “ “)* entgegen, der Vormund sey nur wegen schädlicher Thätigkeit aus grobem Versehen zum Ersatz tenent; allein, wenn auch nicht aus Ulpian's Fragmente *1. D. de tut. et ration. distrahendis „ (in omnibus quae fecit tu-*

tor, cum facere non deberet — rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam etc. — Hierunter ist jede illegale Thätigkeit begriffen) unsere Regel in der Person des Vormundes noch besonders bestätigt würde, so zeigt sich ja doch auch aus dem *eligere* ganz unverkennbar, daß der abgeschlossene Contract, wovon der Jurist in l. cit. 7. §. 2. spricht, allein betrachtet nicht gerade positiven Schaden dem Pupillen brachte, sondern nur in Vergleichung gegen vorhandene vortheilhaftere Gelegenheiten, welche die Vormünder zu benutzen versäumt hatten — die *lata negligentia tutorum* in l. 7. §. 2. cit. betrifft demnach die *omissio lucri acquirendi*.

Ich schliesse diese Lehre mit der Bemerkung, daß auch noch heut zu Tage die *lex aquilia* auf eben so viel zu Gunsten des Beschädigten geht, wie zu Ulpian's Zeiten. — Es ist ja bei uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe mit derselben verbunden worden;

und davon hängt ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Pönal - und gemischten Klagen aufs duplum etc. oder auf mehr, als die dermalige Aestimation der Sache, ab. Die Richtigkeit dieser Theorie, welche besonders Waldeck *) und Weber **) vertheidigen, wird durch l. 6. D. de injur. „plane si actum sit judicio publico, denegandum est privatum“ ausser Zweifel gesetzt.

So viel von der verleizenden positiven Thätigkeit des Bürgers und dessen Eigenthumes. — Wir hatten aus Postulaten erfunden, daß der Staat keine solche Verletzung unersetzt lassen darf, und haben aus den positiven Gesetzen deducirt, daß die römische Legislation in allen Fällen der Art dem Beschädigten Ersatz gewährt, nur mit den Ausnahmen beim Agrimensor und beim Schenker . . .

*) comp. instit. §. 801.

**) Versuche über das Civilrecht. Seite 67 - 69.

Machen wir nun den Uebergang zur zweiten Möglichkeit, aus welcher die Veranlassung wahrer Rechtsverletzungen resultirt, ich meine die Nichtabwendung vorherzusehender äusserer Umstände, welche Verderben bringen — mittelbare Ursachen der Verletzungen durch Versehen *), *culpa* im engen Sinne.

*) Einerlei ob der schädliche äussere Umstand durch ein positives Factum sogar veranlasst wurde oder nicht. — So trennten Labeo und Javolenus die Klage gegen die schädliche Thätigkeit von den Klagen gegen die schädliche Nichtabwendung äusserer Umstände: l. 57. D. locati: „*qui domum habebat, arcam injunctam ei domui vicino proximo locaverat; is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius, quam fundamenta caementilia locatoris erant, conguessit, et ea terra assiduis pluviis inundata ita pariete ejus, qui locaverat, humore praestituto madefacto aedificia corruerunt: Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione*

II.) Die Philosophie des Rechts soll auch hier, wie beim *damnum injuria datum*, den aufgefundenen Maasstab der Rechtsgleichheit zur Basis legen — dort war er leicht zu finden; aber hier zeigt die erste Ansicht ein unermessliches Gebiet von Schwierigkeiten. Hier ist nicht das Rechtssubject selbst, noch auch sein Eigenthum durch Thätigkeit unmittelbar schädlich geworden, sondern äussere Umstände des Naturorganism oder dritte Personen sind der unmittelbare Grund des Schadens, von dessen Ersatze hier die Frage ist. Vorzüglich gilt es demnach hier den rechtlichen Folgen des unausgebildeten Perceptionsvermögens des Einzelnen, seiner unausgebildeten Urtheilskraft und der Responsabilität für dergleichen

„ *postea damno fuerit ; damni autem injuriae actio ob ea ipsa sit , per quae non extrinsecus alia caussa oblata damno quis adfectus est : hoc probo .* “ “ “ “

Mängel. Wie weit geht nun die Schuldigkeit des Bürgers, schädliche Wirkungen der Natur zu erkennen — wie weit erstreckt sich seine Verbindlichkeit, diese so wie auch schädliche Handlungen dritter Personen zum Vortheile seines Mitbürgers zu verhindern? Die halbvernünftige Reflexion sieht ohne Mühe, wie alle Verhältnisse dieser Unthätigkeit des Bürgers von jenen der positiven Thätigkeit, welche wir unter I.) behandelten, himmelweit verschieden sind.

Schade an sich betrifft keineswegs blos die Vertragsverhältnisse; in diesen wie ausser diesen ist er immer derselbe Schade: aber so wenig es sich rechtfertigen läßt, die positive schädliche Thätigkeit des Bürgers nur ausser Vertragsverhältnissen durchaus dem Ersatze zu unterziehen, so evident stellt sich dem Philosophen die Wahrheit vor Augen, dafs es keine absolute Pflicht des Bürgers ist, den vernichtenden oder verderbenden Eindruck äusserer Umstände der Na-

tur oder dritter Personen von des Mitbürgers Eigenthume anzuwenden — nur durch eigene Verabredungen kann eine solche Verbindlichkeit begründet werden; ausser Contractverhältnissen (im allgemeinsten Sinne) kann keine Rede davon seyn.

Alle Vertragsverhältnisse müssen wir nunmehr durchgehen, und die Gesetzgebung fragen: welcher Grad der Achtbarkeit, äussere schädliche Umstände der Natur oder den schädlichen Einfluß dritter Personen von seinen Mitcontrahenten Eigenthume abzuwenden, in jedem einzelnen Contracte, versteht sich, stillschweigend versprochen sey?“““ Es ist indessen nicht möglich, auf sichere Bestimmungen zu kommen, wenn wir nicht vorerst die römische Terminologie durchaus verstehen, und diese müssen wir aus den Quellen selbst nach der strengsten Interpretation erkennen — dann erst kann unsere fernere Forschung

leicht werden, und auf Zuverlässigkeit Anspruch machen.

TERMINOLOGIE.

Das Gattungswort *culpa* bedeutet, wie schon oben erinnert wurde, im weitesten Sinne jede Illegalität aus Versehen, im weiten, aber eigentlichen, Sinne und in Gegenüberstellung mit dem *damnum injuria datum* alle schädliche Unthätigkeit, mithin auch die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* — ich will nur die gemeinsten Stellen hierüber anführen

„*qui columnam transportandam conduxit,*
 „*si ea, dum tollitur aut portatur aut re-*
 „*ponitur, fracta sit, ita id periculum*
 „*praestat, siqua ipsius eorumque, quorum*
 „*opera uteretur, culpa accideret. Culpa*
 „*autem abest, si omnia facta sunt,*
 „*quae diligentissimus quisque ob-*
 „*servaturus fuisset.*“ “ “

l. 25. §. 7. D. locati.

„Si convenerit, ut venditor praeteritam
 „mercedem exigat et emtori praestet, non
 „solum dolum, sed et culpam eum prae-
 „stare debere.“ L. 13. §. 16. D. de act.
 emt. verglichen mit l. 68. D. de contrah.
 emt., wo diese culpa *diligentia* heisst,
 „si cum fundum venderes, in lege dixis-
 „ses, quod mercedis nomine a conductore
 „exegisses, id emtori accessurum esse;
 „existimo te in exigendo etiam *diligen-*
 „tiam praestare debere, id est, non
 „solum ut a te dolus malus absit,
 „sed etiam ut culpa.“ “ “

„„Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius
 „caussa, sive utriusque (i. e. sui et mei),
 „et dolum et culpam mihi praestandam
 „esse dico propter utilitatem. L. 17. §. 2.
 „in f. D. de praescriptis verbis, verglichen
 „mit l. 10. §. 1. in fine D. commod., wo
 „culpa für custodia genommen wird.“

„ „ *Si rem inspectori dedi sui caussa,*
 „ *custodiam mihi praestabit; sed et si,*
 „ *dum refertur, periit, si ipse, cui voluit,*
 „ *commisit, aequae culpae mihi praesta-*
 „ *bit.* “ “ “

So braucht man dann nicht *culpa levis* mit *diligentia* und *custodia* quantitativisch eins zu achten, um die Fragmente der Pandecten ausser Collision zu stellen, welche hier und da vom Verkäufer, Vermiether etc. bloß *dolus* und *culpa* (d. h. im weiten Sinne), an anderen Orten *custodia* und *diligentia* fordern *).

*) Eben lese ich Gries: *diss. de generibus et gradibus culpae*. Götting. 1805. Dieser nimmt nur *culpa lata* und *levis* an, die *diligentia* und *custodia* sind ihm rechtlich eins (p. 22.) bedeuten ihm alle unrechtliche Unterlassung und sind ihm in dieser Bedeutung dem Grade nach durchaus nichts mehr als *culpa levis* (pag. 14.) . . . Neues finde ich in dieser Schrift gar nichts. — In den folgenden Blättern wird auch für sie genug Widerlegung seyn.

Die Unthätigkeit aus Versehen hat Grade, und zwar den rechtlichen Wirkungen nach viererlei:

A.) das Extrem der Nichtkultur war den Römern *non intelligere, quod omnes intelligunt — culpa latae finis est non intelligere, quod omnes intelligunt*, sagt Paullus in l. 225. D. de Verbor. significat. . . . Zwar scheint der Juriste damit nur ein Extrem der culpa lata bezeichnen zu wollen, welchem noch ein anderer Grad groben Versehens coordinirt sey, allenfalls der, welchen Donellus annahm. Allein *finis* hiefs bei den Alten überhaupt so viel als Begriff, Definition — dies bezeugen uns Quinctilian *) und Sulpicius Victor **)

*) instit. orator. V, 10. VII, 3.

**) instit. orat. pag. 260. „*finis est, cum quaeritur, quid sis illud, quod in controversiam venit, aut quo nomine appellandum sit.*“ „vergl. noch Jac. Gothofred ad l. 23. D. de reg. juris pag. 109.“

— Paullus meinte hier gewiß nichts anders — dieß kann nicht deutlicher werden, als aus Ulpian's, seines Zeitgenossen, Fragmente 213. §. 2. D. eod. „*lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.* — Auch stellt diese Idee der beiden Juristen nichts weniger als das Perceptionsvermögen aller Menschen in der Welt zum Model dar. — Nein — der Ortsinn ist es, den sie meinen; die nähere Erklärung hierüber finden wir in l. 9. §. 2. D. *de juris et facti ignorantia* „*facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obijciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?* Sollte übrigens der mindeste Zweifel über diesen Gemeinsinn obwalten, so wird ein jeder Richter von selbst wissen, ihn durch beschworne Corporationsattestate sogleich zu heben. Meistentheils wird es aber zur Untersuchung dieser *culpa lata* gar nicht kommen, denn unsere Gesetze weis-

sen den Richter an, vorerst an ein anderes Merkmal der Erfahrung sich zu halten, er soll vorerst zusehen, ob etwa der widerrechtlich unthätige Mitcontrahent in seinen eigenen Geschäften eben so unthätig ist? Sollte dieses wirklich der Fall seyn, so entscheidet Paullus *): überzeugte sich aber der Richter etwa durch Augenschein, Zeugen oder auf sonstige Weise, daß der Beklagte nicht einmal die Achtsamkeit seinem Mitcontrahenten gewidmet hätte, welche ihm doch in seinen eigenen Geschäften nicht fremd ist, so soll er nicht weiter forschen, sondern den-

*) Auch Ulpian in l. 22. §. 3. D. ad Sctum Trebellian. „*sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia; hujusmodi rei rationem reddet*“ d. h. wenn der Universalfiduciar (er ist Communionsinteressent) eben so nachlässig in Ansehung des Universalfideicommisses handelte, als in seinen sonstigen eigenen Geschäften, aber doch *culpa lata*.

selben geradezu als Betrüger behandeln. —

Auf diese dem Menschensinne schon sehr einleuchtende Rechtsvermuthung gründet sich die Entscheidung von Celsus in l. 32.

D. depositi „quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem ir, quam suis rebus, diligentiam praestabit.“ *) — Hierauf beziehen sich auch alle andere Stellen **), welche die *culpa lata* — *dolus*, *dolo proxima*, *prope fraudem*, *dolum repraesentans* nennen.

*) Gries cit. dissertat. pag. 8 und 9, erklärt den Ausdruck *finis* wie Doneau, und das *peccare negligentia rebus suis non consueta* für *culpa in concreto* . . .

**) l. l. §. 1. *D. si is qui testamento*. l. 1. §. 5. *D. de oblig. et action.* l. 226. *D. de Verbor. significat.* l. 29. pr. *D. mandati.*

B.) Auch einen mittleren Grad der Cultur zur Abwendung schädlicher äusserer Umstände vom Eigenthume des Mitbürgers erkannten die Römer an, wovon sie das Recht des Beschädigten auf Entschädigung häufig abhängig machten — *diligentia, qualem bonus paterfamilias (in civitate) suis rebus adhibet.* — — Die Unachtsamkeit gegen den mittleren oder gewöhnlichen Grad der Cultur heisst *culpa* ohne Zusatz, *culpa levis*. Der Richter muss den Grad der gewöhnlichen Cultur seiner Untergebenen genau studiert und aus Erfahrung kennen gelernt haben, im Nothfalle aber den Beweis darüber durch beschworne Zeugnisse der Privaten sich zu verschaffen suchen. — — Die Belege hierzu sind

l. 137. §. 2. D. de Verbor. obligat. „*aestim-
et iudex, quanto tempore diligens
paterfamilias conficere possit, quod fac-
turum se promiserit: — habita ratione
temporis, aetatis, valetudinis etc., cum*

id agat, ut mature perveniat (Ephesum), id est, eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire — eine Stelle, welche alle Einreden geradezu unnütze macht. —

l. 25. §. 16. D. famil. ercisc. „non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres — non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic, propter suam partem, causam habuit gerendi: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.“““

l. 22. §. 3. D. ad Senatusconsultum Trebell. „siquis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint vel aliae res perierint placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpa plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est: et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non

fecit, lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia: hujusmodi rei rationem reddet. " " "

l. 65. D. de usufructu „usufructuarius debet omne, quod diligens paterfamilias in domo sua facit, et ipse facere. " "

l. 13. §. 1. D. de pignoratit. actione „venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit. l. 14. eod. „ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. Add. l. 22. §. ult. eod. und l. 54. pr. D. de act. emt. vend.

l. 137. §. 3. D. de Verbor. obligat. „qui insulam fieri spopondit, non utique conquistis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet, nec rursus uno aut altero contentus esse: sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris. " " "

l. 7. Cod. arbit. tut. „*quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi minores amiserint — hoc in tutelae iudicium venire non est incerti juris.*“ “ “

l. 5. §. 2. D. commod. und l. 23. D. de reg. jur. darin kommt *culpa* ohne Zusatz vor, und in dem Entgegensatze von *culpa lata* und von *diligentia*. — Ganz werde ich erst unten im Commentar über diese letzte Stelle beweisen, daß *culpa* ohne Zusatz oder *culpa levis* ein mittleres Versehen bezeichnet, wenn ich gezeigt habe, daß *diligentia* ohne Zusatz im eigentlichen Sinne, das geringste Versehen bedeutet.

Übrigens bezogen die Römer die *culpa lata* sowohl als die *levis* durchaus in ganz gleichen Verhältnissen auf den totalen Verlust wie auf die bloße Deterioration der Sachen, d. h. wer *culpa lata* oder *levis* prästiren muß, steht sowohl für die bloße Deterioration als für den tota-

len Verlust der Sache durch grobe oder mittlere Unachtsamkeit ein.

C.) Unstreitig foderten auch die Römer von Geschäftsinteressenten zuweilen die höchste Achtsamkeit, deren der Mensch nach der Bildung seines Zeitalters fähig ist — aber hier trennten sie mit Genauigkeit den totalen Verlust der Sache von der bloßen Deterioration derselben.

Die möglichste Achtsamkeit gegen alle Eigenthum zerstörende äussere und innere *) Wirkungen des Naturorganism achtete die römische Legislation jedem guten Hausvater eigen, sie foderte dieselbe, zwar nicht von jedem Con-

*) Innere konnten auch bei Sklaven von hohem Alter abgewendet werden l. 5. §. 6. *D. commodati* „interdum et hominis custodia praestanda est, si ejus aetatis est, ut custodia indigeret.“ — Bei uns fällt dieses weg.

trahenten, doch von jedem in gewöhnlichem Grade cultivirten Manne, und der Kunstausdruck dafür war *custodia* — es ist ja sehr begreiflich, daß der Schade des totalen Verlustes für den Sachberechtigten am Meisten schmerzhaft, am Wenigsten ersetzlich, und demnach mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden ist; aber in ganz gleichem Verhältnisse steht auch die Aufmerksamkeit für das Nichtabhandkommen der Sache — durch dritte Personen, Diebstahl, Usucapion — oder durch sie selbst, wohin das Entfliehen der Sklaven *) gehört — daher auch diese Aufmerksamkeit *custodia* genannt wird . . . Wenn *diligentia* im engen Sinne soviel wie möglichste Achtsamkeit nach der Bildung des Zeitalters sogar in

*) 1. 5. §. 6. *D. commodati* „interdum et hominis custodia praestanda est, si (forte) vinctus commodatus est“ — wovon die heutige Anwendung wieder wegfällt.

Ansehung der bloßen Deterioration der Sachen heißt, und Oppositum von geringstem Versehen überhaupt ist (dies zeige ich im Commentar zu l. 23. de reg. jur.), so ist *custodia* allerdings *pars diligentiae* — ja sie kann *diligentia* (nempe *custodiendae rei*) genannt werden. Die Exegese kann nicht wohl trügen:

§. penult. institut. de locat. conduct. „qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo *custodia* talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit, *et aliquo casu fortuito eam amiserit*, de restituenda ea non tenebitur.“ „Nur auf Verlust, nicht auf Verschlechterung der gemietheten Sachen, wird hier die *custodia* bezogen, und dabei auf die höchste Achtsamkeit, so, daß nur das Ungefähr, nur der wahre Zufall den Miethsmann von der Restitu-

tionsverbindlichkeit befreiet. Konnte irgend ein Anderer durch seine bessere Achtsamkeit den Ruin abwenden, so ist der Empfänger schon gehalten l. 1. §. 4. D. de obligat. et action. „is, qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere nequit, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen *exactissimam diligentiam custodiendae rei* praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, *si alius diligentior custodire poterit.* Im Auszuge heisst es §. 3. Instit. quibus modis re contrah. obligat. „is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendae rei* praestare jubetur, nec sufficit ei tantum diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est, *si modo alius diligentior poterat eam rem custodire:*

sed propter majorem vim majoresque casus non tenetur. " " "

L. 11. D. de peric. et commod. rei vend.

„si vendita insula (Gebäude) *combusta*

esset, cum incendium sine culpa fieri

non possit, quid juris sit? Respondit:

quia sine patris familia (dritte Personen,

welche nicht Hauskinder, auch nicht

Sklaven des Hausvaters sind) culpa fieri

potest; neque, si servorum negligentia

factum esset, continuo dominus in culpa

erit; quamobrem *si venditor eam dili-*

gentiam in insula custodienda, quam de-

bent homines frugi et diligentes prae-

stare, adhibuisset, siquid accidisset, ni-

hil ad eum, pertinebit." " " Das Ab-

brennen ist gänzlicher Verlust,

welchen schon jeder ordentliche Haus-

vater mit möglichstem Fleiße abzuwen-

den suchen muß; darauf ist die custodia

berechnet . . . L. 1, §. 35. D. depositi

sagt, custodia beziehe sich auf periculum, nur nicht auf casus fortuiti.

- l. 17. §. 4. D. de praescript. verbis „si, cum vestimenta mihi venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec *perierint* vi ignis aut alia majore: *periculum* me minime praestaturum; ex quo apparet, *utique custodiam ad me pertinere*. — — Diese Stelle ist wohl die deutlichste unter allen denjenigen: welche die custodia auf den gänzlichen Untergang der Sache beziehen, und ihre Grenze unmittelbar an das Reich des Zufalles oder der Gewalt des Stärkeren anreihen. Add. l. 28. Cod. de locato et conducto „in judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. “ “ “ l. 19. Cod. de pignor. „sicut *vim majorem* pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed

et *custodiam* exhibere cogitur.“ l. 13.

§. 1. l. 14. D. de pignorat. act. „venit autem in hac actione et *dolus et culpa* ut in commodato, venit et *custodia*, *vis major non venit*: ea igitur, quae *diligens* paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — Die culpa levis ist ja gerade das Versehen gegen den mittleren Grad der Cultur, welchen jeder ordentliche Hausvater besitzt, und die custodia wird zwar nicht von jedem Geschäftsinteressenten, aber doch von jedem guten Hausvater gefordert.

Ob meine Sache von einem Dritten oder durch äussere Umstände völlig destruiert wird, oder ob ein Dritter dieselbe usucapirt, ist mir ein gleich grosser Schade, ich verliere immer meine Sache selbst: das Verhindern der Usucapion ist also ebenfalls custodia.

l. 1. §. 7. D. usufructuarius quemadmodum caveat. l. 2. eod. „Non ipsam rem stipulatur proprietarius; inutiliter enim rem

suam stipulari videretur, sed stipulatur restitutum iri, quod inde extabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, *si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare: neglexit:* omnem enim rei curam suscipit; *nam fructuarius custodiam praestare debet.*

Völlige Destruction der Sache und Usucapion derselben vereiteln die Möglichkeit, der Sache wieder habhaft zu werden, durchaus: wer sie abwenden muß, haftet für *custodia plena*: durch den Diebstahl kommt der Berechtigte freilich auch um die Sache selbst, darum steht auch hierauf die *custodia* in besonderer Beziehung, aber dieß ist doch nur *custodia minus plena*, denn es ist noch immer möglich, vermittelst der Vindication oder Condictio die ausfindig gemachte Sache sich wieder zu verschaffen — über die Beziehung der *custodia* auf das Furtum sowohl als über den

Unterschied zwischen custodia plena und minus plena sprechen die Gesetze sehr deutlich:

l. 14. pr. D. de furtis „mandare venditorem plane oportebit emptori *furti actionem et condictiorem et vindicationem*; et siquid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est, et sane periculum rei ad emptorem pertinet, *dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.* “ “ “

§. 15. eod. „non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, *furti actio*, sed etiam in ea, quae ex ea nata est, *quia et hujus custodia ad eum pertinet.* “ “ “

l. 52. §. 3. D. pro socio „quodsi a *furi- bus* subreptum sit pecus, proprium socii detrimentum est, quia *custodiam* praestare debuit. “ “ “

l. 35. §. 4. D. de contrah. emtione „si res vendita per *furtum* perierit, prius ani-

advertendum erit, quid de custodia inter eos convenerit — si nihil appareat convenisse, talis *custodia* desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet, *ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emtori.* “ “ “

l. 5. §. 15. D. commod. „si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, et dolum et culpam et diligentiam et *custodiam* praestabunt, et ambobus competit *furti actio.* “ “ “

l. 10. §. 1. D. commod. „si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur; et siquidem mea causa dedi, dum volo exquirere pretium, dolum mihi tantum praestabit; si sui, et *custodiam*; et ideo *furti* habebit actionem. “ “ “

l. 1. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. „sed et *custodiam* ad diem mensurae ven-

ditor praestare debet. “ “ l. 2. §. 1. eod.
 „*custodiam* autem ante admetiendi diem
qualem praestare venditorem oporteat,
utrum plenam, ut et diligentiam (d. h.
 custodiendae rei) praestet, an vero dolum
 dundaxat? videamus: et puto *eam dili-*
gentiam (d. h. *custodiam* vergl. l. 23. de
 reg. jur. und l. 5. §. 2. D. commod. wo
 er nur für culpa levis, und gerade nicht
 für diligentia d. h. für geringstes Verse-
 hen in Rücksicht auf Deterioration der
 Sache tenent gemacht wird) venditorem
 exhibere, *ut fatale damnum vel vis magna*
sit excusatum d. h. *custodia plena*, wel-
 che alle Verhältnisse des Verlustes
 begreift. “ “ “ l. 3. D. eod. „*Custodiam*
 venditor talem praestare debet, quam
 praestant hi, quibus res commodata est —
 und der Commodatar steht doch gewiss
 für allen Verlust der Sache ein, für
 die *plena* oder, wie sie Ulpian nennt,
diligens custodia — l. 5. §. 5. commod.

„*custodiam* plane commodatae rei *diligentem* debet praestare — nicht das mindeste Versehen darf ihm zur Last fallen l. 5. §. 4. eod. „quod senectute contigit, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi *aliqua culpa* interveniat.“ “ “

Der höchste Grad der Cultur besteht in aller nach der Bildung des Zeitalters möglichsten Achtsamkeit, daß der Verbindlichkeitsgegenstand durch äussere Umstände nicht verschlechtert werde — das ist die *diligentia* im engen Sinne, *diligentia* ohne Zusatz, so viel als *culpa levissima in non faciendo*. Diese *diligentia* wird so wenig von jedem Contrahenten gefodert, als sie keinesweges jedem guten Hausvater eigen geachtet wird — nur wenige besondere Verhältnisse begründen sie. Wir haben es jetzt mit denjenigen zu thun, welche keine von der *culpa levis*

unterschiedene levissima annehmen — doch nennen wir sie auch nicht *levissima*. Ulpian soll entscheiden, denn von ihm ist die hierher gehörende classische Stelle, die l. 23. D. de regulis juris.

„Contractus quidam dolum malum dundaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam *mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta*: in his *quidam* *) et *diligentiam* — societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.“ “ “

Doneau und alle seine Anhänger, auch Gries verstehen unter dieser diligentia im engen Sinne soviel als culpa (levis) in non faciendo — es muß also gezeigt werden, daß diese Auslegung reiner Irrthum ist.

*) Die meisten Editionen lesen *quidem*, einige glossirte aber ebenfalls *quidam* — die erstere Leseart benimmt der Stelle allen Sinn.

Acht Geschäfte sind es, von welchen einige — quidam — die diligentia recipiren, eigentlich also nur drey, höchstens aber vier, denn wer fünf als einige von acht aufführt, hat Unsinn gesprochen, er mußte Statt dessen sagen: die meisten — plurimi. — — Nehmen wir nun mit Doneau die diligentia für culpa levis in non faciendo, so wird sich's bald zeigen, daß wir entweder Ulpian emendiren oder die angenommene Bedeutung der diligentia verlassen müssen.

- 1) Die Vormundschaft recipirt diligentiam im Sinne Doneau's. l. 10. D. de administrat. tutor. „Generaliter quotiescunque *non fit* nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit; non videtur defendi — sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem *detrectat* — das ist gewiß culpa levis *in non faciendo* — defendi non videtur.“ “ “ Namentlich fordert die diligentia als

Oppositum der culpa levis vom Vormund
 l. 33. pr. D. eod. „a tutoribus pupillo-
 rum et curatoribus *eadem diligentia* exi-
 genda est circa administrationem rerum
 pupillarium, *quam paterfamilias rebus
 suis ex bona fide praebere debet.* “ “ “

Ganz deutlich macht Scävola den Tu-
 tor für Unterlassungen *ex culpa levi* d. h.
 für Versehen gegen die *diligentia* ideo-
 nei patrisfamilias verantwortlich in l. 57.
 pr. D. eod. „Chirographis debitorum in-
 cendio exustis cum ea inventario tutores
 convenire eos possent ad solvendam pe-
 cuniam, *id omisissent* circa debitores
 pupillorum: an, siquid propter hanc *ces-
 sationem* eorum pupilli damnum contra-
 xerunt, iudicio tutelae consequantur: re-
 spondit, si probatum fuerit, *eos tutores
 hoc per dolum vel culpam.* — Da unter
 dolus die culpa lata schon begriffen, und
 nirgends in den Gesetzen neben dem
 dolus noch besonders ausgedrückt ist,

so muß culpa hier nothwendigerweise die levis bezeichnen — *praetermisse, praestari ab his hoc deberi.*“ “ “ Eben so l. 39. §. 2. eod. „ne forte, si rem coeptam *deserverit, fraudis vel culpa* caussa condemnatur.“ “ “ Noch ein Beispiel in l. 39. §. 7. eod. „rerum provincialium tutores in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum italicarum curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent; alioquin si prius in provinciam redierint, *dolum aut culpam* (nämlich levem in Betreff des unterlassenen Antrages auf richterliche Bestellung der Curatoren für das in Italien liegende Pupillarvermögen) eorum in ea quoque parte iudex recte conveniet.“ “ “ Julian nennt es *culpa* (versteht sich levis in non faciendo), wenn der Tutor seinen Contutor nicht suspect machte etc. l. 2. und 3. D. de magistrat. conven. Dafür soll er haften.

Endlich l. 7. Cod. arbitrium tut. „quid-
quid tutoris dolo vel culpa lata *aut levi*
seu curatoris minores amiserint, vel, cum
possent, *non adquisierint*, hoc in tutelae
judicium venire non est incerti juris.“““

Es war bekannten Rechts, daß der
Vormund für culpa levis in faciendo, wie
in non faciendo oder nach Doneau für
diligentia im engen Sinne einstand.

- 2) Die Miethe recipirt diligentiam nach
der Erklärung Doneau's. Diefs zeigt
uns Ulpian, aus dem die l. 23. de reg.
jur. excerpirt ist, selbst in l. 13. §. 6. D.
Locati „si fullo vestimenta polienda ac-
ceperit, eaque mures roserint, ex locato
tenetur, quia debuit ab hac re cavere —
das ist doch Versehen, und zwar middle-
res Versehen durch Nichtthun —
auch ganz allgemein in l. 11. §. 2. D. eod.
„prospicere debet conductor, ne aliquo
vel jus rei vel corpus deterius faciat,
vel fieri patiatur; wenn er das fieri de-

terius nicht hinderte, so steht er dafür ein, vorausgesetzt nach anderen Stellen, daß die Nachlässigkeit culpa levis ist. Dasselbe bestätigt Hermogenian l. 12. D. eod.

- 3) Die Pfandannahme recipirt diligentiam oder culpam levem in non faciendo: darüber finden wir das sicherste Zeugniß von Ulpian selbst in l. 25. pr. D. de pignorat. act. „sicut *negligere* (das heißt doch gewiß non facere) creditorem dolus (culpa lata) et *culpa* (levis), quam praestat, non patitur, ita etc. . . Ist es dann nicht culpa levis in non faciendo, wenn man Servituten, die dem herrschenden Grundstücke ankleben, nicht ausübt, und durch diese Nichtausübung dieselben verliert? Und doch sagt derselbe Ulpian l. 15. eod. „et si praedium fuit pignorat. et de jure ejus reprobittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint. “ “ “

Fordert nicht auch Paullus die diligentia boni patrisfamilias vom Pfandgläubiger in l. 14. D. de pignorat. act. „ea, quae *diligens paterfamilias* in rebus suis praestare solet, a creditore exiguntur.“““

- 4) Der Kaufcontract recipirt auch diligentiam in jenem Sinne. — Auch hierüber haben wir von Ulpian selbst wieder ein Fragment, worin der Verkäufer nicht bloß für die culpa lata im Nichtthun, sondern auch für die culpa levis der Art einsteht. l. 31. §. 11. und 12. D. de aedilitio edicto „Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeritur, numquid culpa emtoris? nam si culpa ejus decessit, pro viro habendus est — culpam omnem accipiemus, non utique latam, *etiam si non adhibuit medicum*, ut sanari possit,“““ d. h. nach einer besseren Erklärung culpa lata und levis, welche omnis culpa nach Ulpian sind, denn dieser nennt das geringste

Versehen im Nichtthun nicht culpa levissima, sondern kunstmässig diligentia oder diligentiae omissio. — Das geringste Versehen im Thun nennt er freilich culpa levissima (l. 44. ad legem aquiliam) aber dieß gehört unter eine ganz andere Rubrik, nämlich unter die lex aquilia und die darin gegebenen Klagen.

- 5) In Betreff des Mandates, der Geschäfteverwaltung und des Commodates wird ohnehin Niemand zweifeln, daß sie alle drei culpam levem in non faciendo recipiren: l. 21. Cod. mandati, „aliena negotia exacto officio geruntur, nec *quidquam* in eorum administratione *neglectum* culpa vacuum est.“ „§. 1. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nascunt. „*ad exactissimam diligentiam* compellitur reddere rationem negotiorum gestor, nec sufficit talem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius

administraturus esset. “ “ “ l. 18. §. 2.
 commod. „in rebus commodatis *talis*
diligentia praestanda est, qualem *quisque*
diligentissimus paterfamilias suis rebus
 adhibet, ita, ut tantum eos casus non
 praestet, quibus resisti non potest. “ “ “

Wir sehen, daß nach der Erklärung von
diligentia im eigentlichen Sinne, wie sie
 Doneau giebt, Ulpian unter einigen Ge-
 schäften, von acht, sieben verstanden
 hätte — das wäre in der That lächerlich. —
 Wie steht es dann auch um die *communio*
 (*incidens*)? Ulpian fordert dabei *culpa*, aber
 nicht *diligentia* — ist diese nicht geforderte
diligentia culpa levis in non faciendo? Was
 sagt Paullus dazu in l. 23. §. 18. D. famil. ercis-
 cundae „*culpae* nomine tenetur, qui, cum
 ante alios ipse adisset hereditatem, servitu-
 tes praediis hereditariis debitas *passus est*
non utendo amitti. “ “ “ *Culpa* ohne Zusatz
 ist doch von Allen als *culpa levis* anerkannt,

auch kann das Vergessen, Servituten auszuüben, gewiß nicht als grobes Versehen durchaus angesehen werden. — — Und haftet der Socius nicht auch für culpa levis in non faciendo? Ulpian sagt doch nichts anders in l. 52. §. 11. D. pro socio „siqui Societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo (hierunter begreift Ulpian nach einem allgemeinen Sprachgebrauche jedesmal die culpa lata) vel culpa (nämlich levi) *emta non sit*, pro socio esse actionem *constat*.“ Wenn nun derselbe Ulpian in l. 23. de regul. jur. den Socius nicht für diligentia tenent macht, wem kann es im Ernste einfallen, daß der Juriste unter dieser *diligentia* im eigentlichen Sinne die culpa levis in non faciendo sollte verstanden haben?

Ulpian müßte also emendirt werden! — aber er erklärt sich in einer andern Stelle eben so. In l. 23. D. de reg. jur. sagt er *quidam contractus recipiunt diligentiam*, in l. 5. §. 2. D. commodati legt er nur dem

Commodatar *diligentia* auf, nicht dem Pfandgläubiger, nicht dem Ehemann in Betreff der Dotalien, nicht dem Miethsmanne oder Vermiether, nicht dem Gesellschafter: dort war noch vom Tutor mit Bezug auf culpa die Rede, hier nicht, aber von diesem fordert Ulpian gewifs nicht die *diligentia* im engen Sinne, wie vom Commodatar: in l. 23. de reg. juris führte der Juriste noch die negotiorum gestio und das mandatum auf, von beiden schweigt er in l. 5. §. 2. commodati, wo er auch nur beim Commodat die *diligentia* fodert. *)

*) l. 5. §. 2. D. commodati „in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus — sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii Sen-

Machen wir nun den Versuch, aus der
Vergleichung dieser beiden Stellen (l. 5. §. 2.

tentia existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam.* “ “ “ Diese Stelle läßt sich mit Doneau's Darstellung schlechterdings nicht vereinigen — nur Unsinn kann das Resultat aller Versuche der Art seyn. — Sprache, Geist des Gesetzes und historische Wahrheit müssen jämmerlich verdreht werden. — Auch für einen Anfänger war es gar unwürdig, was Gries mit aller Mühe herausbrachte (cit. dissert. pag. 21. 22.)
 „quod ad hanc legem attinet, perperam ea
 „sic acciperetur, quasi a solo commodatario
 „culpa omissionis vel diligentia exigatur. . .
 „Alias enim haec lex et cum iis legibus
 „pugnaret, in quibus e. gr. venditorem,
 „conductorem atque creditorem pignoratitium quoad culpam ab iis praestandam
 „commodatarium imitari dicitur; et regulae
 „ex L. 17. §. 2. praescr. verb. petendae,
 „qualis in quolibet negotio culpa praestanda
 „sit (detractis exceptionibus), in eo pendere, utrum ejus de cujus culpa agitur
 „utilitas in negotio vertatur nec ne, id vero
 „nihil ad rem interesse utrum omni utilitate solus quis fruatur an utilitas commu-

D. commod. und l. 23. D. de regul. juris) den wahren Sinn der diligentia im eigentlichen

„nis sit (das steht im ganzen corpus juris
 „nicht). Itaque sic Ulpianum ratiocinari
 „putaverim: In quaestionem vocat, quid
 „veniat in commodati actione, utrum do-
 „lus an et culpa. Quam rem ex regula de
 „culpa pro diversitate contractuum prae-
 „statione judicans ita rationem concludit.
 „In contractibus interdum dolum solum in-
 „terdum et culpam praestamus. Is qui nul-
 „lam ex contractu utilitatem capit dolum
 „solum praestat, sed ubi utriusque utilitas
 „vertitur dolus et culpa praestatur; atqui
 „commodatarius plerumque vel solus utilita-
 „tem ex commodato percipit; ergo et illum
 „quamlibet culpam, tam culpam in sensu
 „stricto quam diligentiam, praestare aequum
 „est. — In propositionibus prioribus latius
 „culpa vocem Ulpianus accipit, ita qui-
 „dem ut utrumque culpa genus ea com-
 „plectatur; in conclusione vero argumen-
 „tationis discretis utrumque culpa et dili-
 „gentiam vocibus designat (wahrlich ein
 „meisterhafter Pleonasm), vel ideo forte
 „quod Q. Mucius, ad quem provocat, his
 „ipsis verbis usus erat (kann seyn, aber ge-

Verstande aufzufinden. — Wir wollen als erwiesen voraussetzen, daß von der schäd-

„wiß auch in der nämlichen Zusammen-
 „stellung, wie Ulpian), vel ut magis ur-
 „geat, quidquid ulla commodatarii culpa ac-
 „cidat ab eo praestandum esse, de ejus enim
 „culpa tantum agitur, nec defuisse viden-
 „tur qui solam culpam latam ei imputarent
 „(in der That, dieß hat viel Wahrschein-
 „lichkeit aus l. 18. pr. eod. von Gajus
 „und l. 25. eod. von Pomponius!!!). Ad
 „hanc legem ita interpretandum, praeter
 „caeteras supra allatas, insuper his rationi-
 „bus moveor: quod, nisi in principio argu-
 „mentationis una culpa voce utrumque
 „containeretur, tam id quod culpa quam
 „quod diligentia postea vocatur, ejus con-
 „clusioni Ulpianus aliquid insereret quod
 „neque in quaestionem venit (Videamus
 „quid veniat in commodati actione, utrum
 „dolus an et culpa — noch etwas mehr
 „steht dabei, an vero et omne pericu-
 „lum —), nec in regula positum est unde
 „quaestio judicatur (In contractibus inter-
 „dum dolum solum interdum et culpam
 „praestamus etc.). “ “ “ Alles, was sich mit
 Grunde behaupten läßt, ist, daß es streitig
 war, ob der Commodatar etwa nur für culpa

lichen Thätigkeit in Contracten nicht besonders die Rede seyn kann, indem diese vermöge der *lex aquilia* überall und nach dem Zeugnisse vieler Specialfragmente auch in Contractverhältnissen einer Entschädigungsklage unterworfen ist. — Das Abwenden äußerer schädlicher Umstände aber muß begreiflich besonders versprochen seyn; dieß läßt sich nur in Contractverhältnissen denken, und dabei giebt entweder ausdrückliche Verabredung der Interessenten oder Natur des Vertrages Bestimmung; nur darauf gehen die Vorträge über die *culpa in Contracten*, welche wir in den Fragmenten der *Pandecten* finden; so finde ich den Weg zur Interpretation der l. 23. D. regul. jur. und l. 5. §. 2. commod. von der Philosophie des Rechtes vorgezeichnet — vielleicht irren wir nicht.

levis, nicht aber für ein geringstes Versehen haften sollte? Für diese letztere Behauptung entscheiden die angesehensten Männer.

Beide Stellen verstehen unter culpa durchaus nur die Responsabilität für schädliche Unthätigkeit

- 1) aus groben Versehen — culpa lata — dafür nur stehen der Depositar und der Empfänger eines Precariums *):
-

*) Warum wird dann überall des Versehens von Seiten des Deponenten nicht gedacht? Mir ist dieses sehr begreiflich, — wie kann der Deponent als solcher zur Abwendung äusserer schädlicher Umstände von dem Eigenthume des Depositors gehalten seyn? Das läßt sich nicht denken, und darum kann von seinem Nichtthun oder von seiner Unthätigkeit (culpa Sensus proprio) in Contractverhältnissen keine Rede seyn — — ich weifs gar wohl, daß ihn die gemeine Theorie, auch Doneau, für culpa levissima einstehen lassen; auch ich mache ihn für das geringste Versehen tenent, aber freilich nur für das im Thun, d. h. wenn er durch Versehen ein schädliches Depositum hingab, dann wende ich das aquilische Gesetz auf ihn an. Alles dieses gilt auch von Mandanten. Da die lex aquilia durch-

2) aus mittlern Versehen — culpa
ohne Zusatz — dafür auch stehen der

aus die schädliche Thätigkeit vindicirt, so bedürfte es hierüber keiner eigenen Stelle; doch finde ich noch eine von Julian l. 61. §. 5. D. de furtis „quod ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, non aequè dicendum sit, *omnimodo* damnum praestari debere: *et quidem hoc amplius servandum*, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur: *justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset; idque evidentius in causa depositi apparere*: nam certe mandantis *culpam* esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. — Unter culpa ist hier eine jede schädliche Thätigkeit aus was immer für einem Versehen gemeint, dieß bewährt das *omnimodo* damnum praestari debere. . . Am Ende spricht zwar Julian von einer Negligenz; aber nur von einer solchen, welche Begleiterin der schädlichen Thätigkeit ist, welche mit Thätigkeit in

Käufer und Verkäufer, der Miethsmann
und Vermiether, der Pfandgläubiger,
der Vormund, der Ehemann in Betreff
der Dotalien, der Socius, der Commu-

Eins verwebt schädlich ward. —
Diese kommt ja ohnehin bei jedem schädli-
chen Factum vor, und ändert an der Be-
gründung der Aquilia nichts. vergl. noch l. 8.
D. ad legem aquiliam. — — In der Person
des Commodanten ist dieses freilich ganz
anders, dieser haftet für Unthätigkeit
als Commodant gar nicht, dieß ist nicht
denkbar; für Thätigkeit haftet er als
solcher nur in Beziehung auf *dolus*
und *culpa lata* l. 61. §. 6. D. de furtis
„circa commodatum autem merito aliud
„existimandum, videlicet quod tunc ejus
„solius commodum, *qui utendum rogaverit*,
„versetur: itaque eum, qui commodaverit,
„si dolo quid fecerit, non ultra pretium
„servi quid amissurum: quin etiam paullo
„remissius circa interpretationem doli mali
„debere nos versari, quoniam nulla utili-
„tas commodantis interveniat.“ ““ Eben-
so kann der Geber eines Precarium gewifs
nur für *dolus* und *culpa lata* einstehen.
— — Aber weder dieser noch der Commo-

nionsinteressent, der Commodatar, der Mandatar und der Geschäfte verwalter.

- 3) aus geringstem Versehen in Betreff der Deterioration der Sache (von der custodia ist hier keine Rede) — diligentia im engen Sinne — dafür sogar stehen der Commodatar, der Geschäfteführer, der Mandatar — diese sind die *quidam*, welche Ulpian in l. 23, worin sie alle drei stehen, meint, und

dant machen eine Ausnahme von der alles Versehen in Thun vindicirenden Aquilia, indem ihre Thätigkeit nicht von freien Stücken eintritt, sondern vom Empfänger seines alleinigen Vortheilcs haben erbeten ist; der Commodatar bittet ja, daß ihm diese oder jene bestimmte Sache zum Commodat nicht sowohl gegeben als vielmehr nur erlaubt werde; bringt sie ihm Schaden, so schreibe er sich's selbst zu, er bat darum, und mußte sie selbst kennen — eben so der Empfänger eines Precarium; aber vermöge allgemeiner Gesetze sollen sie doch nicht durch dolus oder culpa lata des Eigenthümers Schaden leiden.

von welchen er nur den ersteren, d. h. den Commodatar als verpflichtet zur diligentia in l. 5. §. 2. commod., worin von den zweien anderen keine Rede ist, auszeichnet.

Um der Wahrheit Willen! was kann Zweifel erregen über die Richtigkeit des Unterschiedes zwischen mittlerem und geringstem Versehen? das quod *plerique* ejusdem conditionis homines solent praestare ist doch gewiss ganz auffallend verschieden von dem *si modo alius diligentior commodius administraturus esset*.

„l. 137. §. 2. D. de verbor. obligation. §. 1.
in fine institut. de obligat. quae quasi ex
contractu nascuntur.“ “

Wie manche andere Stellen sprechen noch für diesen Unterschied, welcher auch einem reinen practischen Gefühle gewiss nicht entgeht!

Jetzt erst schreite ich zur Untersuchung der einzelnen Vertragsverhältnisse, und der schädlichen Unthätigkeit aus Versehen, so weit sie denselben prästirt wird. Ausser Vertragsverhältnissen läßt sich kein Anspruch auf Ersatz für Unthätigkeit denken, angenommen sie müßte als Folge eines Dolus behandelt werden. Dieß finden wir am *bonae fidei possessor*. So lange derselbe nicht belangt worden ist, steht er für gar nichts ein, weder für Totalruin noch für Verschlechterung der Sache — *quasi suam rem neglexit — rem suam perdere existimatur —* — aber nach erfolgter *Litiscontestatio* muß er für alles, auch das geringste Versehen, sogar im Nichtthun, einstehen, denn sobald nur die Klage erhoben ist, sind alle Besitzer gleich, die Gesetzgebung behandelt sie in so ferne alle von nun an wie den *praedo*.

l. 31. §. 3. D. de heredit. petit. „*bonae fidei possessor ante petitam hereditatem nulli querelae subjectus est: postea vero et*

ipse praedo est.“ “ “ Dafs hier von allen Klagen eine Regel aufgestellt werde, und keinesweges von einer eigenen Beziehung der Erbschaftsklage die Rede sey, bestätigt l. 25. §. 7. D. eod. „ante litem contestatam adjectum est, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam: quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, — tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur — et hoc jure hodie utimur, coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.“ “ “ Eben dahin kann auch l. 45. D. de rei vindicat. verstanden werden. — Es war ja sogar streitig, ob der bonae fidei possessor nach erhobener Klage nicht auch für den reinen Zufall verhaftet sey? Paullus ent-

schied jedoch in so ferne zu seinen Gunsten vergl. l. 40. D. de heredit. petit *).

Unter Vertragsverhältnissen begreifen wir *Contracte* und *obligationes quasi ex contractu*, ich behandle sie in einer ihrer practischen Wichtigkeit angemessenen Ordnung:

a.) Der Käufer muß zu rechter Zeit den Kaufschilling zahlen, und zwar das Eigenthum desselben auf seinen Verkäufer übertragen.

l. 11. §. 2. in fine D. de action. emt. et venditi „*emtor autem nummos venditoris facere cogitur.*“ Dabei läßt sich kein Versehen im Nichtthun denken.“

*) Daß l. 15. §. 3. D. de rei vind. nicht entgegen, und nur vom *malae fidei possessor* im Zusammenhange mit §. 1. eod. und l. 12. eod. zu erklären ist, werde ich an einem andern Orte zeigen.

Der Verkäufer aber muß von Zeit der rechtlich eingetretenen Contractsverbindlichkeit an *) die Sache vor Beschädigungen in Acht nehmen; er steht 1) für Unthätigkeit aus mittlerem Versehen, sogar in Betreff der Deterioration der Sache, ein, d. h. für *culpa levis*. l. 23. D. de regulis juris. l. 5. §. 2. D. commodati. l. 13. §. 22. D. de act. emt. vend. (ebenfalls von Ulpian) „et siquid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere; si modo *sine culpa* venditoris mortem obierit.“ “ “ l. 21. circa finem D. de heredit. vel actione vend. „fundi venditor fructus praestat bonae fidei ratione, quamvis: si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, *nisi si culpa* ejus argueretur.“ “ “ 2) für die *custodia*

*) Hieher gehört auch, wenn die gesetzte Bedingung auf den Anfang des Geschäftes zurückgezogen wird.

plena, d. h. nicht nur für den Diebstahl, den jeder ordentliche Hausvater hätte hindern gekonnt (denn *custodia plena* ist ja jedem guten Hausvater eigen), sondern auch für die *Usucapion*, vermittelst welcher ein Dritter die Sache an sich ziehen könnte, und überhaupt für alle sonstige destruïrende Wirkungen der Natur l. cit. 2. §. 1. und 1. 3. D. de peric. et commodo rei venditae. l. 1. §. 1. D. eod. l. 11. eod. 5) für ein geringstes Versehen im Nichtthun, wodurch die verkaufte Sache nur verschlechtert wurde, d. h. für *diligentia*, im engen Sinne, steht er der Regel nach nicht. l. 23. D. de regulis juris. l. 5. §. 2. D. commodati.

Es finden sich in unserem Gesetzbuche Stellen, welche diese drei Behauptungen wenigstens schwankend zu lassen scheinen — sie müssen erklärt und mit den aufgeführten Gesetzen vereiniget werden. Ich sagte, der

Verkäufer sey für culpa levis tenent — er wird ja doch nur für dolus und culpa lata verbindlich gemacht und zwar vom großen Ulpian in l. 2. §. 5. D. de hereditate vel actione vendita „sed et siquid *dolo malo* eorum (nämlich des Erbschaftsverkäufers und dessen Erben) factum est, quo minus ad eum perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo malo, quo minus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. *Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.*“ “Ganz richtig, nach der Natur dieses besondern Verhältnisses — der Erbschaftsverkäufer verkauft nicht einzelne Sachen, sondern sein Erbrecht, praestat se heredem esse — es ist auch gerade seine erklärte Absicht, sich um die einzelnen Sachen der Verlassenschaft nicht bekümmern zu wollen, darum haftet er nicht für die Eviction l. 2. pr. D. de hered. vel act. vend.,

darum haftet er nur für *dolus* und *culpa lata* . . . Sollte er jedoch eine bestimmte Forderung einzutreiben und zu prästiren versprochen haben, so binde ich ihn in so weit wieder an die allgemeine Regel, daß er nämlich zur *culpa levis* gehalten ist. — Diesen Sinn finde ich in l. 3. de hered. vel actione vendita „Si venditor hereditatis *exactam* pecuniam sine dolo malo *et culpa* perdidisset, non placet, eum emptori teneri“ „*exactam*, d. h. welches der Käufer sich besonders bedungen hatte, denn an und für sich ist ja der Verkäufer nicht schuldig, Erbschaftsschulden selbst einzutreiben — ohne diese besondere Verabredung zwischen Käufer und Verkäufer hier anzunehmen, wäre auch der Zusatz, *exacta*, ganz überflüssig und unbedeutend.

Meine zweite Forderung an den Verkäufer gieng auf die *custodia plena*, d. h. schon an und für sich, ohne sie noch besonders versprochen zu haben; in Betreff des Diebstahls spricht zwar auch noch ganz besonders

dafür l. 14. pr. D. de furtis „et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. — Auch Gajus, der in l. 2. §. 1. D. de periculo et commodo rei venditae vom Verkäufer die custodia plena fodert, führt dieselbe Sprache in Ansehung des Furtum, wie Ulpian in der ebenangeführten l. 14. pr. de furtis — er macht den Verkäufer schlechthin zur custodia tenent, d. h. wie sie jeder gute Hausvater prästirt, l. 35. §. 4. D. contrah. emt. „si res vendita per furtum perierit, et de custodia nihil appareat convenisse; *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias rebus suis adhibet*; quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet — nur soll er jetzt seine Klagen gegen den Dieb an den Käufer abtreten *)

*) In Ansehung der Gewalt giebt es keine custodia, sondern mit der Abtretung seiner Klagen gegen den Gewaltthätigen an den Käufer hat der Venditor alles gethan. l. 31.

— ut tamen scilicet vindicationem rei et con-
 dictionem exhibeat emtori. “ “ “ Aber so ganz
 ruhig können wir noch nicht seyn; §. 3.
 Instit. de emtione venditione scheint zur cu-
 stodia in Betreff des Entkommens ein be-
 sonderes Versprechen des Verkäufers hierüber
 zu erfordern, und ohne ein solch besonderes
 Versprechen der Custodia nur culpa levis von
 ihm zu fordern: es heisst dort: „Quodsi fu-
 gerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit,

pr. D. de action. emt. et vend. „Si ea res,
 quam ex emto praestare debuerim, tamen
 propius est, ut nihil amplius quam actiones
 persequendae ejus praestari a me emtori
 oporteat, quia custodia adversus vim parum
 proficit: actiones autem eas non solum ar-
 bitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare
 debebo, ut omne lucrum ac dispendium te
 sequatur . . . Kann er keine Klagen abtre-
 ten, weil er selbst keine hat, so wird er
 verurtheilt l. 35. §. 4. in f. D. de contrah.
 emt. „qui alienam rem vendidit, cum nul-
 lam vindicationem aut conductionem habere
 possit, ob id ipsum damnandus est etc.“ “ “

ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenierit; *animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem* venditor suscepit? Sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: *si non suscepit, securus erit. Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus.* Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriae actione. “ “ “ Wäre blos von Sklaven die Rede, so könnten wir mit Stillschweigen diese Stelle mit ihrem heutigen Unwerthe beruhen lassen, indem wir ohnehin wissen, daß die custodia hominis selten und nur in eigenen Verhältnissen prästirt wird *): aber das Entkommen der Thiere insgesamt, so wie auch das

*) 1. 5. §. 6. D. commodati „*interdum et hominis custodia praestanda est, si (nempe e.g.) vinctus commodatus est etc.*

Abhandenkommen aller anderen Sachen wird den des Sklaven gleichgesetzt, und darum müssen wir die Stelle mit ganz besonderer Gewissenhaftigkeit interpretiren . . . Wenn wir auf den ganzen Inhalt des angeführten Gesetzes achtsam zurücksehen, so kann uns nicht entgehen, daß darin nur die Frage erörtert wird:

„wann der Verkäufer für einen reinen
 „Zufall, wodurch die Sachen entkamen,
 „gehalten seyn soll „ad ipsius periculum
 „is *casus* pertinet.“ “ “

Für den reinen Zufall steht der Verkäufer nach eingetretener Contractsverbindlichkeit nie ein. — Der Käufer trägt ihn — doch giebt es hiervon eine Ausnahme — wenn nämlich der Verkäufer für den Zufall einzustehen besonders versprochen hat, d. h. *si custodiam suscepit* . . . Custodiam suscipere heißt also in der Person solcher Contrahenten, welche schon nach gesetzlicher Verordnung ohnehin für custodia einstehen,

nicht das besondere Versprechen, für custodia haften zu wollen *), denn wozu sollte dieses besondere Versprechen dienen? — sondern es heisst bey allen diesen so viel als das Versprechen, für den Zufall haften zu wollen — das bedarf freilich einer besonderen Verabredung — und so ist es beim Verkäufer — aber nicht das geringste Versehen in Ansehung des gänzlichen Entkommens der verkauften Sache darf ihm zur Last fallen; diefs drückt die Stelle der Institutionen ganz allgemein durch culpa aus, denn sie führt hier nur Fälle des gänzlichen Entkommens (nicht bloßer Detetioration) der Sachen auf, und fodert in dieser Hinsicht vom Ver-

*) War man nicht ohnehin zur custodia hominis (wegen des Entfliehens etc.) verpflichtet, und machte sich doch freiwillig dazu anheischig, so sagt Ulpian hiervon: „si hoc actum est, ut custodiam (hominis) is, qui rogavit (als Commodatarius) praestet.“ l. 5. §. 6. in f. D. commod.

käufer die *culpa* bis an die Grenze des Zufalles, wie sich also von selbst versteht, das geringste Versehen.

Aber die *diligentia* im engen Sinne habe ich dem Venditor erlassen. Hören wir, was Proculus in l. 68. pr. D. de contrahenda emptione hiervon sagt: „Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emtori accessurum esse: existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam *diligentiam* praestare debere.“““ Hier ist aber *diligentia* nicht im engen Sinne gemeint, wie Ulpian diesen Ausdruck in l. 23. D. de regulis juris und in l. 5. §. 2. D. commodati nahm; sondern im Sinne des gemeinen Lebens für Fleiß, wie ihn jeder ordentliche Hausvater in seinen Geschäften anwendet, und heißt so viel als das Oppositum von *culpa levis in non faciendo*. — Proculus erklärt sich selbst ganz deutlich, er beschreibt seine *diligentia* dahin „non solum ut a te dolus malus absit, sed

etiam ut culpa.“ “ “ Überhaupt scheint die von Proculus beabsichtigte diligentia zu Zeiten Ulpian's entweder schlechthin culpa ohne Zusatz, oder auch diligentia mit dem Zusatz: idonei patrisfamilias oder quam bonus paterfamilias suis rebus adhibere solet benannt worden zu seyn. — Ulpian selbst wenigstens trägt uns denselben Fall vor, den Proculus vortrug, und bedingt dieselbe Verbindlichkeit des Verkäufers schlechthin von culpa ohne Zusatz, l. 13. §. 16. D. de actionibus emti et venditi „in his autem, quae cum re emta praestari solent, non solum dolum, *sed et culpam* (d. h. levem in non faciendo) praestandam arbitror, nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit: cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem (nämlich vom bisherigen Miethsmanne der Sache) exigat, et emtori praestet, non solum dolum *sed et culpam* eum praestare debere.“ “ “ Verspreche ich also meinem Hauskäufer, das rückständige Miethegeld vom bisherigen

Miethsmanne einzutreiben und ihm zu geben, so ist es nicht gerade nöthig, alle mögliche Mittel dazu auszuklügeln, Arreste auf Waaren, die im Stillen noch als Eigenthum des etwa bald insolventen Schuldners eintreffen, auszuwürken etc., sondern es ist genug, wenn ich den gewöhnlichen Weeg der Klage nicht versäumt habe, ich stehe nur in Betreff dieser Forderung für ein mittleres Versehen ein, wie die Regel sagt, in so ferne nicht die gänzliche Zerstörung oder das Abhandenkommen der gekauften eigentlichen Sachen zur Sprache kommt. — — Die Stelle von Proculus steht also meiner Behauptung gar nicht im Weege, sie ist vielmehr bestätigend; inzwischen finde ich noch eine andere Stelle, welche es gar zu arg machen will, es ist l. 18. §. 9. D. de damno infecto „ — §. 7. eod. wird gesagt: wenn sich der Käufer eines Grundstückes vor geschehener Traditioncaution damni infecti bestellen lasse, so gelte diese nur für den Schaden,

welcher sich nach erfolgter Tradition am Gebäude ereignet — §. 8. „sondern der Verkäufer müsse sich, bevor er das Gebäude tradire, für den vor der Übergabe allenfalls entstehenden Schaden durch Einsturz des nachbarlichen Gebäudes vom Nachbar Caution stellen lassen — §. 9. heisst es nun: „sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, et ob hoc emtor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit? revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex emto non habet (dies ist Objection, welche sogleich gelöst wird)? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio (emptori), nisi in id, quod post traditionem accidit; quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet, *omnemque diligentiam emptori praestare*; et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.“ “ Diese Stelle ist von Paullus, einem Zeitgenossen von Ulpian; mit dem verschiedentlichen Sprachgebrauche

läßt sich also hier nicht aushelfen; und überdies heißt es auch *omnis diligentia*. — — Freilich könnte es so viel heißen wie *custodia plena*, aber etwas steht dieser Erklärung im Wege, nämlich — nicht immer wird ein Gebäude durch den Einsturz eines andern gänzlich destruiert, häufig nur beschädiget, verschlechtert, und die *custodia* haben wir doch in dieser Hinsicht auf totalen Ruin der Sachen bezogen. — — Dessen ungeachtet hätten wir mit dieser Erklärung der *diligentia* durch *custodia* das Ziel eben nicht verfehlt: Ruinen in den Städten zu verhüten, gehört der polizeilichen Aufsicht anheim, einerlei, sie seyen im höchsten oder geringeren Grade der öffentlichen Ordnung entgegen, das gemeine Beste macht es demnach der Gesetzgebung zur Pflicht, alle Störungen der Art zu verhüten — am Schönsten erreicht sie ihren Zweck, wenn sie ein Mittel auffindet, wodurch sie alle mit Einemmale zerschlägt: So ein Mittel gegen alle

Störungen der öffentlichen Ordnung durch Einsturz der Gebäude stellte die römische Gesetzgebung auf durch die *cautio damni infecti*, es ward zum Grundsatz erhoben, daß die *interpositio stipulationis de damno infecto ante traditionem domus venditae* von Seiten des Verkäufers *pars custodiae* seyn sollte — in Ansehung dieser Stipulation oder Cautionsfoderung steht also der Verkäufer der öffentlichen Ordnung wegen durchaus für den höchsten Fleiß, für *omnis diligentia*, für *custodia* ein . . . Die historische Wahrheit des angeführten Grundsatzes verbürgt uns gerade derselbe *Paulus*, von dem die *l. 18. D. de damno infecto* ist.

l. 36. D. de actionibus emti et venditi
 „*venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet; quia, antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet: et pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipula-*

tionem, et ideo, si id neglexerit, tenetur bitur emtori.“ “ “

Zum Schlusse dieser Abhandlung über den Kauf und Verkauf wiederhole ich nun noch, was ich oben im ersten Theil schon ausgeführt habe, daß der Verkäufer, wie fast jeder andere Contrahent, auch für das geringste Versehen im Thun und alle dadurch entstandene Deterioration haften muß. — Diesem Satze, welcher in seiner Allgemeinheit aus der *lex aquilia* hervorgeht, wird keinesweges widersprochen §. 3. institut. de emt. venditione, wenn hierin gesagt wird „*si homo aliqua parte corporis laesus fuerit, emtoris damnum est.*“ “ Denn in dieser Stelle ist, wie schon oben gesagt wurde, durchaus nur von rein zufälligen Schäden — *periculum* — die Rede, und von culpa als einem Gattungsbegriffe, dergestalt, daß die darin begriffenen Species, in so ferne sie für jeden einzelnen Fall anwendbar sind, aus anderen

Gesetzen bestimmt werden müssen. Eben so ist l. 20. §. 2. D. de praescriptis verbis, wo in Bezug auf einen Kauflustigen nur von culpa die Rede ist, zu erklären — um so weniger kann dabei Bedenken entstehen, da diese Stelle von Ulpian ist, welcher selbst den Kauflustigen kurz vorher zur custodia verpflichtet *).

b) Der Vermiether sowohl als der Miethsmann haften 1) für *culpa levis*. Ausser den oftangezogenen l. 23. D. de regulis juris und l. 5. §. 2. D. commodati adminiculiren noch folgende Stellen: l. 25. §. 4. D. locati conducti „*culpa* conductoris et illud adnumeratur si propter inimicitias ejus vicinus arbores ex-

*) l. 17. §. 4. D. de praescript. verbis „si, cum vestimenta mihi venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore; periculum me minime praestaturum; ex quo apparet, utique *custodiam* ad me pertinere.“““

ciderit. “ “ “ l. 11. §. 3. D. eod. „qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset; ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi *culpa* conductor careret.“ “ “ l. 13. §. 1. D. eodem

„Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur:

Labeo, si culpa caret, non teneri ait. —

Freilich hatte der Navicular die Waaren in ein anderes Schiff gebracht, als das eigentlich bestimmte war (dies könnte als schädliche Thätigkeit der Aquilia unterworfen scheinen); allein doch kann hier nur mittleres Versehen im Nichtthun in Anschlag kommen, und mit der dafür bestimmten *actio locati* geklagt

werden: denn der Schade geschah' extrinsecus alia causa oblata, und für solche Fälle hat Labeo schon an einem anderen Orte (l. 57. D. locati) die Anwendbarkeit der Aquilia verworfen, wie ich oben im Eingange des zweiten Theiles dieser Abhandlung anführte. Eben um in dieser Hinsicht aller Irrung vorzubeugen, führte ich die Stelle hier an: sie ist inzwischen auch noch wegen einer andern Frage bedeutend, welche ich weiter unten behandeln werde. . . l. 31. D. locati „in navem Saufeji cum complures frumentum confuderant, Saufejus uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: *quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris averse actione?* respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem generis reddere.

tur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. — Ex superiore caussa rem domini manere; ex posteriore in creditum iri. — — Idem juris esse in deposito — nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque ob-signatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi ut *tantumdem* pecuniae solveret, secundum quae videri triticum factum Saufeji et recte datum — — quodsi *separatim tabulis* aut heronibus etc. clausum uniuscujusque triticum fuisset, *ita ut internosci posset, quod cujusque esset*, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare, et ideo se improbare actionem oneris aversi, quia, sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in

creditum iret, non videretur onus esse
aversum, quippe quod nautae fuisset;
sive eadem res, quae tradita esset, reddi
deberet, furti esse actionem locatori, et
ideo supervacuum esse iudicium oneris
aversi. *Sed si ita datum esset, ut in si-*
mili re solvi posset, conductorem cul-
pam duntaxat praestare — — neque
omnimodo culpam esse; quod uni reddi-
disset ex frumento, quoniam alicui pri-
mum reddere eum necesse fuisset, tam-
etsi meliorem ejus conditionem faceret,
quam caeterorum.“ “ “

Aus dieser Stelle ist es klar, daß der
Conductor für culpa levis einsteht: aber
warum steht dabei „si ita datum esset, ut
in simili solvi possit? „Soll daun etwa der
Conductor nur unter dieser Modification für
culpa levis haften? Dagegen muß der Grund-
satz gerettet werden. Alfenus erörtert den
Fall, wenn ein Schiffsreher, der von Dreien
Getraide zum Überschiffen bekam, dem Einen

eine Portion davon vorher, ehe das Schiff untergieng, abgegeben hätte — — er unterscheidet, ob das Getraide in eigenen Körben etc. gegeben worden wäre, d. h. so, daß man die Portion des Einen von der des Andern unterscheiden konnte — oder nicht; in jenem Falle giebt er dem Eigenthümer des an den Dritten vom Rehder gegebenen Korbes Getraide gegen den Empfänger die Vindicationsklage und gegen den Rehder die actio furti, — im zweiten Falle hat Vindicationsklage gegen den Empfänger durchaus nicht Statt, denn der Rehder wurde Eigenthümer dessen, was ihm der Locator gegeben hatte, auch hat gegen den Rehder keine actio furti Statt, hierauf bezieht sich das datum (expresse vel tacite) ut in simili re solvi possit, — sondern hier ist blos die Contractsklage gegen den Rehder begründet, wenn er anders *in culpa* (levi) versirte. Diese Stelle handelt also einen besonderen Fall ab, und beantwortet die Fragen, wann ausschliefs-

lich Contractsklage gegen den Conductor, und insonders ob *actio oneris averse* Statt habe. *) — — 2) Beide haften einander für *custodia plena*. l. 28. Cod. de locato conducto „in iudicio tam locati quam conducti dolum et *custodiam* venire constat.“ „“ §. penult. institut. de locatione

*) Beide Stellen, l. 13. §. 1. und l. 31. D. locati conducti sagen nichts von der *custodia*, die der Conductor doch leisten muß, wenn es Erhaltung der Sache gilt — sie reden beide vom Untergang der Sachen mit dem Schiffe, aber nur auf culpa des Conductors nehmen sie hierbei Rücksicht — — macht dieß nicht den Grundsatz, daß der Conductor für *custodia* haftet, oder gar den Begriff der *custodia* selbst bedenklich? Keins von beiden — wer selbst seine Sache auf Risiko des Totalruins hingiebt, kann unmöglich vom Mitcontrahenten mehr verlangen, als gewöhnlichen Hausvaters Fleiß zur Abwendung einer solchen im voraus bestimmten Gefahr. — — Das Waarentransportiren über Meer ist ja doch gewiß ein solch risquantes Geschäft. . .

conductione „ qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo *custodia* talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet (denn schon jedem ordentlichen Hausvater ist ja die custodia eigen), quam si praestiterit et *aliquo casu fortuito* eam *amiserit*, de restituenda ea non tenebitur.“ “ “ Aus der Satzung, daß der Conductor für custodia plena haftet, wird die Folge abgeleitet, daß er die actio furti hat. §. 16 und 17. instit. de obligat. quae ex delicto nascuntur „ si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit; ipse furti habet actionem, non dominus, *quia domini nihil interest, eam rem non perire*, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam consequi possit — — nam ille fullo etc. *custodiam* praestat.“ “ “ Dasselbe wiederholt Ulpian l. 12. pr. D. de furtis „ itaque fullo, qui curanda vel polienda vestimenta accepit, agit

(d. h. furti), praestare enim custodiam debet “ “ “ *) — und in l. 48. §. 4. D. eod. „si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, *quia custodia rei ad te pertinet etc.* “ “ “ — — 3) für *diligentia* im engen Sinne haften sie einander der Regel nach nicht. l. 23. D. de regulis juris und l. 5. §. 2. D. commodati. — Gajus scheint zu widersprechen l. 25. §. 7. D. locati „Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae *diligentissimus quisque* observa-

*) In l. 10. §. 14. eod. sagt Ulpian „quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo *culpa* ejus subrepta sit res. “ “ “ Wer kann zweifeln, daß Ulpian hier unter culpa die omissio custodiae meinte!

turus fuisset. Idem scilicet intelligemus et
 si dolia vel tignum transportandum aliquis
 conduxerit — *idemque etiam ad caeteras res
 transferri potest*: allein es scheint auch nur
 so, und wir haben zweierlei andere Wege,
 diese Stelle richtiger und im Einverständnisse
 mit allen übrigen Stellen zu erklären: Ist der
 Schade nämlich durch positive Thätigkeit ge-
 schehen, d. h. unmittelbare Folge derselben,
 so kommt das geringste Versehen in Anschlag
 und wird durch die Aquilia vindicirt. — Sollte
 aber Gajus hier die Unthätigkeit durch Ver-
 sehen verstanden haben, wie es dann am
 meisten glaublich ist, so heisst es „*fracta
 columna*“, und es ist von gänzlichem Ruin
 der Sache, d. h. von der *custodia* die Rede,
 welche Gajus an anderen Orten *diligentia*
 (*custodiendae rei*) genannt hat, z. B. in l. 2.
 §. 1. D. de periculo et comm. rei vend. „*cu-
 stodiam venditor praestare debet, id est, eam
 diligentiam, ut fatale damnum vel vis magna
 sit excusatum.*“ “ “ In diesem (wahrschein-

lichen) Sinne das Fragment von Gajus verstanden, dient es nur noch zur Bestätigung des Grundsatzes, daß der Conductor für custodia plena haftet.

Für welche Unthätigkeit müssen

c) die Gesellschafter einander haften?

Ulpian macht sie schlechthin für culpa (levis), d. h. für mittleres Versehen, wofür jeder gute Hausvater einsteht, tenent l. 23, D. de regulis juris, l. 5. §. 2, D. commodati. — Unter culpa verstehen hier alle Stellen blos Unthätigkeit *); aber mehrere darunter fordern vom Socius nur diligentia, quam

*) Daß alle schädliche Thätigkeit des Socius dem aquilischen Gesetze unterworfen ist, wurde oben ausgeführt. Ulpian trägt dieß noch besonders vor l. 47. §. 1. pro Socio „Si damnum in re communi socius dedit, aquilia teneri eum, et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt.“ “ “

in suis rebus praestare solet: z. B. 72. D. pro socio „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*; quia, qui parum diligentem sibi socium adscivit, de se queri debet.“““ Eben so §. ult. instit. de societate „socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, siquid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpa, id est, desidiae atque negligentiae nomine? quaesitum est: praevaluit tamen sententia, etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, *sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet*; nam qui parum diligentem socium

sibi assumit, de se queri sibique hoc imputare debet. “ “ “ Wie sollen wir Ulpian mit Gajus und mit dem Institutionentexte conciliiren? Gewöhnlich betreibt man nach erlangter Großjährigkeit seine eigenen Geschäfte allein, fleissig oder minder fleissig; tritt man nachmals mit einem Anderen in Gesellschaftsverhältnisse, so ist man demselben wenigstens zu der Thätigkeit verbunden, mit welcher man bisher seine eigenen Geschäfte betrieb (diese hat der Richter nach äusserlichen Merkmalen zu untersuchen): doch geht diese Verbindlichkeit nie weiter, als auf das mittlere Versehen, welches jeder gute Hausvater nicht zu begehen pflegt (culpa; aber eben für dieses letztere Versehen muß ein jeder seinem Gesellschafter eintreten, welcher noch nie seine eigenen Geschäfte oder noch nie allein, d. h. ohne Vormund betrieb; z. B. wer gleich nach dem Aus-

tritte aus seiner bisherigen Handelscondition oder nach dem Austritte aus der Vormundschaft Gesellschafter wurde — denn hier fällt der Maasstab der *diligentia*, quam in suis rebus ganz weg, und doch dürfen auch solche Fälle, welche zumal täglich in der Praxis vorkommen, von der Gesetzgebung nicht unbestimmt gelassen werden; dem anderen Contractanten kann ja hier keine Unvorsichtigkeit in der Wahl zur Last fallen, er erwartet mit Recht von seinem Mitcontractanten die Achtsamkeit eines guten Hausvaters *). . . . Für *diligentia* im engen Sinne steht der Socius nicht, eben so wenig für *custodia plena*, sondern nebst

*) Ich erinnere hier, dafs die beiden angeführten Stellen nebst so manchen andern die culpa als Oppositum von *diligentia* aufführen und durch *negligentia* erklären. — Wie soll *diligentia* im engen Sinne culpa levis in non faciendo seyn?

der diligentia quam in suis rebus und culpa levis haftet er nur noch für *custodia* in Beziehung auf das Furtum. — Dießs sagt derselbe Ulpian, der vom Socius an mehreren Orten höchstens culpa levis fordert; l. 52. §. 2. und 3. D. pro socio: „utrum tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat? quaeritur: et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artisve est velamentum. — — Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia socii non coguntur praestare, ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit — *quodsi a furibus sub-*

reptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt, quamvis aestimata . . . Uebrigens mag der Socius auf der andern Seite noch so viel durch ganz besondern Fleiß der Gesellschaft genutzt haben, so hat er doch keine Wohlthat der Compensation gegen einen sonstigen Schaden, welchen er an und für sich ersetzen müßte *).

d) der Pfandgläubiger steht für *culpa levis* und für *custodia plena*, aber nicht für *diligentia* im engen Sinne ein:

l. 25. D. de regulis juris.

l. 5. §. 2. D. commodati.

l. 25. D. de pignoratit. act. „sicut negligere creditorem (pignoratitium) *dolus et culpa*, quam praestat, non

* Die Zeugnisse hierüber von Paulus und Ulpian (l. 25. und 26. D. pro socio) sind bekannt . . .

patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum. “ “ “

- l. 15. D. eod. „creditor, cum pignus reddit, de dolo debitori debet repromittere: et, si praedium fuit pignoratatum, et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. “ “ “

Das Vergessen, Servituten, die dem herrschenden Grundstücke ankleben, auszuüben, gehört allerdings zur culpa levis, in so ferne nicht von Verpfändung der Servituten hauptsächlich, sondern von Deterioration des hauptsächlich verpfändeten Grundstückes die Rede ist.

- §. 4. Institut. quibus modis re contrahitur obligatiocreditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accipit, restituenda tenetur actione pignoratitia.

Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit, *sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat* — d. h. diligentia im engen Sinne prästirt er nicht, sondern nur custodia plena — quam si praestiterit et *aliquo fortuito casu rem amiserit*, securum esse, nec impediri creditum petere. “ “ “

l. 19. Cod. de pignoribus et hypothecis „sicut vim majorem pignorum creditor, praestare non habet necesse, ita *dolum et culpam sed et custodiam* exhibere cogitur. “ “ “

l. 15. §. 1. und l. 14. D. de pignoratitia actione „Venit autem in hac actione et *dolus et culpa*, ut in comodato; *venit et custodia*: vis major non venit — — ea igitur, *quae di-*

ligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. “ “ “ Diese Stellen waren von jeher die *cruces Jureconsultorum*. – Viele emendirten das *ut* durch *at*, und übersetzten so: die Pfandannahme recipirt *dolus* und *culpa levis*, aber das *Commodat* auch *custodia*: denn sie verstanden unter *custodia* ihre *culpa levissima*, und, da der Pfandgläubiger doch nicht allein allen Nutzen aus dem Pfande bezieht, so mußte es ihnen hiernach ein Dorn in den Augen seyn, wenn er für jedes geringste Versehen haften sollte, wie der *Commodatar* *). Inzwischen würde auch diesen Mißverstand der *custodia* angenommen, der gegeb-

*) Unter diesen Emendanten steht auch *Ort. Westenberg principia juris secundum ordinem Digestorum, lib. XIII. Tit. VII. §. 29.*

nen Erklärung die Entgegenstellung des *pignus* und des *Commodatum* immer stark im Wege seyn, denn diese stünde ja da wie vom Himmel gefallen: übrigens reihte sich wohl die Folgerung von Paulus in l. 14. nach dieser Interpretation an die l. 13. ganz hübsch... Eben dieser Schluss von Paullus steht einer anderen Interpretation, welche man ohne alle Emendation versuchte, schnurstracks entgegen. Der große Abraham Wielnig *) und eine Menge seiner Schildknappen beziehen die §. 1. auf den Fall, den Ulpian l. 13. princ. vorträgt **),

*) vergl. dessen lectiones juris civilis — ad l. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione.

**) „Si, cum venderet creditor pignus, convenit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus et

auf die rei vindicatio oder actio in factum, welche dort dem Pfandschuldner, gegen den Dritten gegeben wird, welchem der Pfandgläubiger das Pfand unter der Bedingung verkauft hatte, dasselbe an den Eigenthümer gegen Erstattung des Kaufschillinges zurückzugeben; kein Wunder, raisonniren sie, dass ein solcher Käufer für culpa levissima haften muss, denn er kaufte ja mit Bewusstseyn eine fremde verpfändete Sache. . . Der ersten Erklärung lässt sich also wegen der Emendation und der sonderbaren Entgegenstellung des Pfandes gegen das Commo-

est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere. “ “ “

dat nicht beistimmen, der zweiten
 darum nicht, weil sich die Schluss-
 folge, welche Paullus in l. 14.
 aufstellt, damit nicht verträgt. . .
 Wir können durch diese Stellen
 nicht sehr in Verlegenheit kommen –
 der Pfandgläubiger steht für dolus,
 für culpa levis, wie der Commoda-
 tar, auch für custodia plena, also
 für das, was jeder gute Hausvater
 in seinen Geschäften leistet; aber
 nicht für diligentia im engen Sinne,
 wie der Commodatar (l. 5. §. 2. D.
 commodati); da diese diligentia im
 engen Sinne die custodia plena be-
 greift, und Ulpian in Ansehung
 dieser diligentia den Pfandgläubiger
 dem Commodatar nicht vergleichen
 konnte, so sagte er von jenem
 noch besonders „*venit et custo-*
dia“““ . . . Ich sage: der Pfand-
 gläubiger steht für custodia plena,

dies zeigt die Ausnahme: *vis major non venit, vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse*, insonders der Nachsatz des §. 4. Instit. cit. „*securum esse (creditorum), si aliquo fortuito casu rem amiserit.*“““ Ulpian sagt in l. 14. §. 6. D. de furtis „*si culpa mea servus mihi pignori datus subtractus sit, agere potero (furti), quia interest, eo quod teneor pignoratitia actione.*“ Dies ist Subsumtion unter die *custodia plena*.

Der Pfandschuldner wird nirgends für culpa levis verpflichtet, wozu ihn die gemeine Theorie und Doneau verpflichten; aber freilich für das geringste Versehen seiner positiven Thätigkeit muß er Ersatz leisten. Die Beweise hierüber und die Erklärung sind schon an verschiedenen anderen Orten gegeben worden.

e) der Vormund steht für culpa levis, sowohl in Betreff des positiven Schadens, der durch seine Unthätigkeit entsteht, als auch in Ansehung eines vernachlässigten Gewinnes, welcher dem Bevormündeten hätte zu Theile werden gekonnt.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 7. Cod. arbitrium tutelae „quid, quid tutoris dolo vel lata culpa *aut levi* seu curatoris minores amiserint, *vel cum possent, non adquisierint*; hoc in tutelae iudicium venire non est incerti juris. “ “ “

l. 1. pr. de tutelae et ration. distr. „in omnibus quae non fecit tutor, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, *culpam et quantam in suis rebus diligentiam*. “ “ “

Dieser letzte Zusatz bezieht sich auf diejenigen Fälle, wenn der Vormund schon als Hausvater seine eige-

nen Geschäfte besorgt hat — sonst ist der Maasstab seines nöthigen Fleisses nach dem zu bestimmen, wie es jeder ordentliche Hausvater macht. Namentlich so lehrt Ulpian selbst (der Autor der l. 23. de regulis juris) in l. 10. D. de administratione et periculo tutor. „Generaliter quotiescunque *non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit*; non videtur defendi. “ “ “ In denselben Ausdrücken Callistratus l. 33. pr. D. eod. „a tutoribus et curatoribus pupillorum *eadem diligentia* exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam paterfamilias* rebus suis *ex bona fide* praebere debet. “ “ “ Addat. l. 39. §. 7. D. eod.

Was jedoch die Vernachlässigung zu machender Gewinne betrifft, so

kommt hierbei Alles darauf an, ob solche Gelegenheiten schon im Voraus gewifs bestimmt waren? denn ohne eine solche sichere Vorausbestimmung d. h. wenn nichts anders als bloße Hoffnung dazu vorhanden war, haftet der Vormund nur für *culpa* oder *negligentia lata* — z. B. es läßt sich erweisen, daß mehrere theils vortheilhaftere theils minder vortheilhafte Gelegenheiten eines Hauskaufes für den Pupillen vorhanden waren, und dem Tutor ein Anderer durch Benutzung der besten zuvorkam — er hätte es etwa versuchen gekonnt, ob die beste Condition für den Pupillen zu erhalten war, er hätte allenfalls bei diesem oder jenem Freunde oder Commissionär des Verkäufers ansprechen gemußt etc. — hier war noch im Voraus gar nichts in Betreff des zu machenden Gewinnes mit Gewifsheit bestimmt, hier steht also der Vormund nur für

culpa lata ein. — Dieses Alles abstrahire ich aus Ulpian's l. 7. §. 2. D. de administratione tutorum „quid si tutores neque sordide neque gratiose (contraxerint), *sed non bonam conditionem elegerint?* Recte quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare in hac parte debere “ “ “

Für *diligentia* im engen Sinne und für *custodia* haftet der Vormund nicht — kein Wunder! Er ist zur Lohnlosen Uebernahme dieses beschwerdevollen Amtes gezwungen — — doch finden wir einen Fall, wo der Vormund auch für *diligentia* im engen Sinne haftet. — Diesen trägt uns Paullus vor in l. 53. §. 3. D. de furtis „qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita dammandus est, si dominus actionem ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, *vel in eo tutore, qui dili-*

gentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisfactione, solus administrationem suscepit. “ “ “ Dies kann auch der Fall seyn, wenn mehrere legitime Tutoren miteinander concurriren, darum sagt Paulus „*veluti.*“ “ “

Gewöhnlich haften die Erben für eben den Grad von culpa, wie ihre Erblasser: bei den Erben des Vormundes ist dieß anders, sie haften nur für culpa lata, d. h. für das, was ihr Erblasser culpa lata nicht that und doch thun mußte.

l. 39. §. 6. D. de administrat. et peric. tut.
 „tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres ejus postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa, contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.“ “ “

In dem öffentlichen Zwange, welcher mit den Vormundschaften verbunden ist, hat auch diese Ausnahme wahrscheinlich ihren Grund *).

f) Der Trödelcontract (Commissionshandel) — contractus aestimatorius — recipirt dolus und culpa levis — für custodia haftet der Empfänger nicht, viel weniger für diligentia im engen Sinne, oder gar für den reinen Zufall, das periculum, ausgenommen, wenn er den Eigenthümer darum bat, ihm die Waare in Commission zu geben.

l. 17. §. 1. D. de praescriptis verbis
„si margarita tibi aestimata dedero

*) Sonderbar ist der Grund, den Höpfner hiervon giebt im Commentar §. 942. am Ende. . . . Es versteht sich übrigens nach allgemeinen Regeln vom Transitus der Klagen gegen die Erben von selbst, daß der Rechtsstreit darüber noch nicht mit dem Vormunde angefangen, noch nicht lis contestirt war, vergl. auch l. 1. Cod. de hered. tutor.

ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem — cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, *si tu me, tuum*: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut *dolum et culpam* mihi praestes. — Wer den Antrag bittweise gestellt hat, versprach hiermit stillschweigend, die Gefahr zu übernehmen. — Die angeführte Stelle ist von Ulpian, welcher eben einen solchen Antrag als Bedingung, für den Zufall zu haften, in der Person des Trödlers unterstellt, wenn er l. 1. §. 1. D. de aestimatoria sagt „aestimatio (d. h. contractus aestimatorius) autem periculum facit ejus, qui suscepit (d. h. nur dann trägt der Trödler die Gefahr, wenn

er sie übernahm, *periculum si susciperet*, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, nämlich durch den bittweisen Antrag): *aut igitur rem ipsam debebit incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit* *). Daß die l. 11. pr. D. de rebus creditis keine Ausnahme hiervon macht, dazu bedarf es nichts weiter als der Ansicht dieser Stelle.

g) Der *Communiionsinteressent* ist verpflichtet *quasi ex contractu*, entweder als *Administrant* einer gemeinschaftlichen Erbschaft oder einer sonstigen einzelnen Sache; die Klagen sind hiernach entwe-

*) Man muß nur nicht verstehen, *qui aestimationem recipit*, oder *aestimatio* für Taxation interpretiren, wie die meisten wollen. Ebenso Wehrn im angef. Werke S. 226. — Nur in Bezug auf *custodia* und *diligentia* führte ich diese Stellen aus. — Das weitere gehört eigentlich in die Lehre vom *Casus*.

der *judicium familiae erciscundae* oder *judicium communi dividundo*. Die Gesetze nennen ihn häufig *Socius*. Es kommt darauf an, ob er schon von der durch seine Unthätigkeit dem Mitcontrahenten zugefügten Beschädigung als Hausvater seinen eigenen Geschäften vorstand — oder nicht. — — Im letzten Falle haftet er für *culpa levis*.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 25. §. 18. D. familiae erciscundae
 „*culpa* nomine tenetur, qui, eum
 ante alios ipse adisset hereditatem,
 servitutes praediis hereditariis debi-
 tas passus est non utendo amitti.“““

Im ersten Falle hingegen haftet er nur so weit für Unthätigkeit, als er nicht in seinen eigenen Geschäften dergleichen zu begehen pflegt, oder wenn sie sich zur *culpa lata* qualificirt.

l. 25. §. 16. D. familiae erciscundae „non
 tantum dolum sed et culpam in re

hereditaria praestare debet coheres —
non tamen diligentiam praestare de-
bet, qualem diligens paterfamilias,
 quoniam hic propter suam causam
 habuit gerendi (d. h. er hat ja auch
 Antheil) et ideo (weil er nicht rein
 fremde Geschäfte besorgte) negotio-
 rum gestorum ei actio non competit:
talem igitur diligentiam praestare
debet, qualem in suis rebus. — Ea-
 dem sunt, si duobus res legata sit.““

l. 22. §. 3. D. ad Senatusconsultum
 Trebell.: „siquis rogetur restituere
 hereditatem, et vel servi decesserint
 vel aliae res perierint, non cogi eum
 reddere, quod non habet; culpa
 plane reddere rationem, *sed ejus,*
quae dolo proxima est, et ita Nera-
 tius libro primo responsorum scri-
 bit — sed et, si, cum distrahere
 deberet, non fecit, *lata culpa non*
levi et rebus suis consueta negligentia,

hujusmodi rei rationem reddet.“ “ “

Der Universalfiduciar ist Communionsinteressent, denn auf jeden Fall bezieht er wenigstens den vierten Theil der Erbschaft als Trebellianische Quarte, auch hat das *judicium familiae erciscundae* gegen ihn wie gegen einen Miterben Statt (l. 24. §. 1. D. *familiae erciscundae* „*familiae erciscundae judicium et inter bonorum possessores et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto etc. locum habet*“ “): wenn er also unshätig ist, so steht er nur für *culpa lata*, nicht für *levis*, vorausgesetzt in Hinsicht dieser letzteren daß er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht; denn ohne diese Gewohnheit müßte er für *culpa levis* eintreten.

Hiermit glaube ich die angeführten Stellen in Concordanz untereinander erklärt zu

haben: aber die letzte Stelle enthält einen Nachsatz, welcher Zweifel zurücklassen kann; es heißt: „*sed et, si, cum distrahere deberet, non fecit.*“ “ Zeigt dieser Nachsatz etwa an, daß Ulpian im Vordersatze von der positiven Thätigkeit des Communionsinteressenten verstanden seyn will — oder beschränkt sich der Nachsatz nur auf unterlassene nothwendige Veräußerungen, in Subsumtion unter die Regel des Vordersatzes „*culpa eum reddere rationem, quae dolo proxima est?*“ Wenn wir unter dieser Regel des Vordersatzes die schädliche Thätigkeit verstünden, so würde sie gegen unsere Grundsätze von der Thätigkeit und gegen unsere Entwicklung des rechtlichen Umfanges der *lex aquilia* schnurstracks verstossen; dieß läßt sich von dem philosophischen Ulpian freilich nicht erwarten; aber eine solche Vermuthung dürfte die meisten meiner Leser nicht ganz befriedigen: indessen werde ich ihnen volles Genüge hier-

über leisten, wenn ich zeige, daß eben Ulpian an einem andern Orte den Miterben für alle schädliche Thätigkeit im Grundsatze tenent macht, und sogar in einzelnen daraus abgeleiteten Folgesätzen die Aquilia gegen ihn vorschlägt.

l. 16. §. 4. und 5. D. familiae erciscundae „sed et si dolo vel *culpa* (jedes Versehen ist hiermit ausgesprochen) quid in usumfructum ab uno ex heredibus *factum* sit, hoc quoque in iudicium (familiae erciscundae) venire Pomponius ait; nam et *omnia*, quae quis in hereditate dolo aut *culpa fecerit*, in iudicium familiae erciscundae veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit: et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae iudicium ea non venit, quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio

Julianus scribit: denique (dem zufolge igitur) ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, *teneri quidem lege aquilia, quasi corruperit*, non minus autem etiam familiae *erciscundae* iudicio, “ “ “ d. h. wo die actio legis aquiliae Statt hat, kann gegen den Miterben eben so weit auch die actio familiae *erciscundae* gebraucht werden. — — Gerade so ist es in Ansehung der Klage *communi dividundo* l. 8. §. 2. D. *communi dividundo* „venit in *communi dividundo* iudicium etiam si quis rem communem *deteriorem fecerit*, forte servum vulnerando etc. “ “ “ Gegen den Successor des widerrechtlich schädlich thätigen Miterben aber kann nicht die aquilia, sondern in allen Fällen, wo dieser gegen den Erblasser Statt hätte, nur die actio *communi dividundo* auf den bloßen dormaligen (zur Zeit der Beschädigung) Werth gebraucht werden, l. 10. pr. D.

communi divid. „quamvis legis aquiliae actio in heredem non competat (versteht sich lite nondum cum defuncto contestata), tamen hoc iudicio heres socii praestet, *siquid* defunctus in re communi *admisit*, quo nomine legis aquiliae actio nascitur.“ “ “ Dafs es bei dem iudicium familiae erciscundae wohl ebenso seyn mufs, bedarf keiner besonderen Erklärung; für diligentia im engen Sinne steht der Communionsinteressent nicht, auch nicht für custodia.

h) Der Ehemann haftet in Ansehung des Dotalgutes für culpa lata und für diejenige Unthätigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt, doch ist die äusserste Grenze auch hiervon die mittlere Unachtsamkeit, culpa levis. —

l. 23. D. de regulis juris.

l. 17. pr. D. jure dotium „in rebus dotalibus virum praestare oportet

tam dolum quam *culpam*, *sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus adhibet* d. h. auch nach Verschiedenheit der Verhältnisse die Thätigkeit, wie in seinen eigenen Geschäften). “ “ “

l. 25. §. 1. D. soluto matrimonio „maritum in reddenda dote de dolo malo et *culpa* cavere oportet. “ “ “

l. 49. pr. D. soluto matrimonio „Mevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum tradidit, quo Otalicus eidem Meviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia: ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Sed sine dolo malo *vel culpa* exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse. “ “ “

l. 24. §. 5. in f. D. eod. „diligentiam enim uxor a marito eam exiget, quam rebus suis exhibet. “ “ “

Für diligentia im engen Sinne steht er nicht, auch nicht einmal für custodia.

l. 18. §. 1. in f. D. soluto matrim.

„si circa *interitum* rei dotalis dolus malus et *culpa* mariti absit; actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri.“ “ “

In Ansehung der Paraphernalgüter haftet er nie für culpa levis, sondern nur für lata, womit die diligentia, quam in suis rebus, hier coincidirt.

l. 11. Cod. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis „si mulier marito suo nomina, id est, foeneratitias cautiones, *quae extra dotem sunt*, dederit, ut *loco paraphernorum* apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, — et dolum et *diligentiam* maritus circa eas praestare debet,

qualem et circa suas res habere invenitur. “ “ “

i) Der Erbe, wenn er die Erbschaft angenommen hat, haftet den Vermächtnissnehmern für alles, auch das geringste Versehen, im Thun ohnehin.

l. 14. D. ad legem aquiliam „sed si ipse heres (Servum) occiderit, dandam in eum legatario actionem (legis aquiliae). “ “ “

auch im Nichthun

l. 47. §. 5. D. de legatis I. „culpa autem qualiter sit aestimanda? videamus — an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid *et diligentia quoque* exigenda est ab herede, quod verius est. — Diese Stelle ist aus Ulpian entnommen, dessen klassischen Sinn der *diligentia*, wenn sie mehr bedeuten soll als culpa levis (*et diligentia*), wir schon oben lernten.

l. 59. D. de legat. I. „si modo *nulla* (heredis) *culpa* incendium contigisset. “ “ “ Die Stelle aus Modestinus — l. 32. §. 5. D. de legatis II. — kann keine Irrung machen; sie sagt „species nominatim legatae si non reperiantur nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt “ “ “ bezieht sich also ausschließlich auf die Frage: ob die legirten Species auch wirklich erst in der Erbschaft vorhanden waren? Eben so wenig ist uns Marcian entgegen, wenn er in l. 114. §. 19. D. de legatis I. nur culpa levis vom Erben fodert „interdum etiam cum lucro heredis moritur servus legatus, vel per fideicommissum relictus, veluti si alienus, vel licet proprius, pluribus tamen separatim ita relictus, ut unusquisque (legatarius) in solidum capiat;

scilicet si sine culpa heredis mortuus sit. — Sie ist ja auch nur in Bezug auf einen legirten Sklaven gefodert, nicht in Bezug auf andere vermachte Sachen, und wir wissen ja schon lange aus l. 5. §. 6. D. commodati, dafs es überhaupt unter den alten Juristen streitig war, ob custodia hominis prästirt würde? Diejenige Meinung gewann, welche diese Prästation nur als Ausnahme bestimmte — viel weniger konnte beim legatum servi die diligentia im engen Sinne vom Erben verlangt werden. Aber was heifst Marcian's Zusatz „vel proprius pluribus tamen ita relictus, ut unusquisque solidum capiat?“ Im alten Rechte gab es eine Art Legate, welche ein eigentliches Obligationsverhältnifs des Erben begründete, wo er also, wenn die Sache an mehrere Ver-

vermächtnisnehmer zugleich vermacht
 war, dem erstgenannten die Sache
 selbst, dem anderen den baaren
 Werth derselben, prästiren mußte —
 dieß war das *legatum damnationis* —
 dabei hatte also auch kein Adres-
 senzrecht Statt, und die Verbind-
 lichkeit des Erben, dem einen Ver-
 mächtnisnehmer *solidam aestimatio-*
nem zu erlegen, konnte durch den
 Untergang der Sache nicht erlöschen;
 hierzu war eine andere Fassung des
 Vermächtnisses nöthig, nämlich *per*
modum vindicationis, wo er an
 Mehrere nur den Sklaven selbst und
 allein schuldig war; starb hier der
 Sklave ohne *culpa heredis*, so starb
 er *lucro heredis*...

Der Legatar, wenn er das Legat wieder
 an einen andern Vermächtnisnehmer abgeben
 soll, haftet theils nur für *dolus* und *culpa*
lata, theils auch für *culpa levis* — je nach-

dem er weiter nichts als dieses Legat, oder noch sonst einen Vorthail aus dem Testamente bezieht.

l. 108. §. 12. D. de legat. I. „cum quid tibi legatum fideiue tuae commissum sit, ut mihi restituas: *siquidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat* in exigendo eo legato, *alioquin etiam culpam* te mihi praestare debere existimavit — sicut in contractibus (hier ist von obligationibus quasi ex contractu die Rede) bonae fidei servatur, ut siquidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.“““

k) Der Usufructuar haftet allerdings für schädliche Unthätigkeit, aber da der Niesbrauch wenigstens nicht immer aus Contractsverhältnissen entsteht, sondern auch aus anderen Quellen, und vorzüglich aus letzten Willensverordnungen, so ist hierüber noch eine nähere Unter-

suchung nöthig. Der Testator sagt im Testamente: den A setze ich zum Erben ein, dem B vermache ich den Niesbrauch meines Gartens — hier geht das jus in rem ususfructus nach erfolgtem Ableben des Erblassers sogleich auf den Legatar über, ohne Tradition von Seiten des Erben; wir sehen hier keinen Contract zwischen Erben und Legatar. Oben haben wir indessen das Princip gesetzt und erwiesen, daß nur in Contractverhältnissen von Præstation der Unthätigkeit die Rede seyn kann, und ohne das aus denselben resultirende stillschweigende Versprechen hierüber Niemand verpflichtet ist, äussere schädliche Umstände von fremdem Eigenthum abzuwenden — — dahingegen hat der Eigenthümer, dessen Eigenthum einem Andern niesbräuchlich dienet, keine Gelegenheit, solche äussere Umstände von seiner Sache abzuwenden, so lange der Usufructuar berechtigter

Administrant derselben ist: wie unrechtlich müßte es also scheinen, und wie hart gegen den Eigenthümer, wenn der Usufructuar nicht zur Thätigkeit gehalten wäre! . . . Die römische Gesetzgebung griff durch, aber mittelbar, ohne der Philosophie des Rechts zu nahe zu treten — sie sanctionirte:

„Willst du Usufructuar seyn, so mußt

„du dem Eigenthümer versprechen,

„te usurum boni viri arbitrato, et

„finito usufructu restitutum, quod

„inde extabit“ “ “

l. 1. pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat „l. 15. pr. D. de usufructu.“

Ausserdem, daß der Geniesbräucher dem Proprietar für alles damnum injuria datum durch die Aquilia verhaftet ist,

l. 15. §. 2. D. de usufructu „l. 15. §. 3

l. 66. D. eodem,“

steht er nun auch vermöge seines geleisteten Versprechens für culpa levis und für custodia.

l. 65. D. de usufructu et quemadm. quis utatur fruatur „debet usufructuarius omne, quod diligens paterfamilias in domo sua facit, et ipse facere.“““

l. 2. D. usufructuarius quemadmodum caveat „fructuarius *custodiam* praestare debet — l. 1. §. 7. in f. eod. „*omnem enim rei curam suscepit.*“““

Die Gesetzgebung kann freilich befehlen, der Usufructuar solle ohne weiteres das und jenes prästiren: der Weeg des Versprechens schien ihr jedoch der Natur der Dinge angemessener, und sie hielt demnach einen jeden Usufructuar zu diesem Versprechen an.

l. 1. §. 2. D. usufruct. quemadmod. cav. „plane et si ex mortis causa donatione usufructus constituatur, exemplo legatorum *debebit haec cautio praestari* —

sed et si ex alia quacunque causa constitutus fuerit usufructus, idem dicendum est. “ “ “

In diesem Versprechen, *restitutum iri, quod inde extabit*, liegt nun gerade die Zusicherung für alles Abhandenkommen oder Destruction des Objectes (*custodia*) eintreten zu wollen, sobald dem Geniesbräucher eine Schuld, ein Versehen dabei zur Last fallen sollte.

l. 1. §. 7. D. usufruct. quemadm. cav. „*stipulatur restitutum iri, quod inde extabit; interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beispiele) fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexit; omnem enim rei curam suscepit — l. 2. eod. „nam custodiam (d. h. plenam, überhaupt) praestare debet.*“ “ “

Ohne dieses besondere Versprechen würde der Usufructuar also eigentlich nicht für Unthätigkeit gehalten seyn — gerade dieses Versprechen scheint mir demnach zur Wesen-

heit des Ususfructverhältnisses zu gehören *), und die Gesetzgebung durfte es nicht umgehen — — daraus erklärt sich auch die so vernünftige Vorschrift der Gesetze, welche nicht einmal dem Erblasser erlaubte, dieses Versprechen dem Usufructuar zu erlassen **), welche man theils unbillig schalt, theils auf allerlei sonderbare Weise zu modificiren suchte. Ausnahmen hiervon giebt es eigentlich nicht; man führt zwar gewöhnlich

*) Alle mir bekannte Rechtsgelehrten widersprechen und halten es für ein naturale ususfructus — das *debet* interponi haec stipulatio etc., welches l. 1. §. 1. D. usufruct. quemadm. cav. vorkommt, und so manche andere Stellen, welche diese Verbindlichkeit widerholen, bestärken, was die Philosophie des Rechts ausspricht.

**) vergl. insonders l. 7. Cod. ut in possessionem legatorum „ut boni viri arbitrato is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfactionem remitti _ testamento posse.“““ Der Erbe kann erlassen, was er will, aber die Natur des Ususfructes wird dadurch beschränkt.

deren zwey an: 1) der Fiscus sey cautionsfrei — es ist wahr, der Fiscus braucht keine *satisfactio* durch Bürgen zu bestellen, wie dieß der Eigenthümer von sonstigen *Usufructuaren* verlangen kann: aber mit einem simplen Versprechen ist ja schon die Natur des *Usufructverhältnisses* in Beziehung auf eine unschädliche Administration gerettet, und dazu ist der Fiscus allerdings gehalten; *Ulpian* sagt ganz allgemein l. 6. §. 1. D. ut legatorum vel fideicommissorum servandorum causa caveatur „admonendi autem sumus, rebus publicis remitti solere *satisfactionem* — *repromissio* plane exigenda est.“ “ “ 2) Der Vater sey auch cautionsfrei in Ansehung seines *Usufructes* an den *Adventitiengüter* seiner *Hau skinder* — Richtig — nicht einmal ein schlechtes Versprechen ist ihm auferlegt — an wen soll er es dann auch thun? an die *Hau skinder*? Mit diesen kann er ja keinen Vertrag schließen, die *Personeneinheit* steht ihnen im Wege. — — Aber *Justinian*

ist nicht zu schelten, wenn er in diesem Betracht und in Ansehung der Ehrfurcht, welche die Kinder ihrem Hausvater schuldig sind, demselben alle Rechnungsablage von seiner Administration und ein jedes Cautionsversprechen erliefs (l. 8. §. 4. in f. Cod. de bonis quae liberis) indem die väterliche Gewalt selbst den Vater zur Administration der kindlichen Güter und zur Beziehung aller Vortheile daraus berechtigt. — Hier ist also ein ganz besonderes Verhältniß begründet, welches den Vater schon ohnehin zugleich verpflichtet, das Beste seiner Kinder zu besorgen — er haftet also schon vermöge der väterlichen Pflicht, welche ihm Natur und Staat auferlegt haben, in Ansehung der Adventitiengüter gerade so, wie ein jeder andere Usufructuar.

- 1) Der Mandatar haftet sogar für *diligentia* im engen Sinne.
l. 23. D. de regulis juris.

l. 13. Cod. mandati „a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur.“ “ “ Also nur den casus improvisus prästirt er nicht, sonst aber alles, auch das geringste Versehen, d. h. *omnis culpa*. — Die Rescripte der Kaiser redeten nicht so in der classischen Sprache, wie Ulpian's Fragmente. l. 21. in fine Cod. eod.

l. 21. in fine Cod. eod. „aliena negotia exacto officio geruntur, *nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est*.“ “ “ Die Einwürfe von Höpfner §. 926. not. 3. sind unbedeutend,

m) Der Commodatar steht für *custodia plena*, und für *diligentia* im engen Sinne sogar.

l. 5. §. 5. D. commodati „custodiam

plane diligentem commodatarius debet praestare. “ “ “

l. 5. §. 15. D. eod. „verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem me (ex nobis duobus, quibus simul vehiculum commodatum vel locatum est) usum habere; sed esse verius, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere; quare duo quodammodo rei habebuntur. “ “ “

Dieses Fragment ist von Ulpian, welcher unter diligentia im engen Sinne die custodia begreift. — Die hier besonders erwähnte custodia bezieht sich also auf den Conductor vehiculi, welcher nicht für die eigentliche diligentia haftet; commodatum steht hier auch im Vordersatze voran, wie diligentia im Nachsatze — in Ansehung beider Geschäfte ist übrigens in der angeführ-

ten Stelle die Hauptfrage nur darüber, ob von zweyen Commodatarien oder Conductoren eines Vehiculus ein jeder in solidum für diese oder jene Art der Unthätigkeit haften?

l. 18. pr. D. commodati „in rebus commodatis *talis diligentia* praestanda est, qualem quisque *diligentissimus* paterfamilias rebus suis adhibet, *ita, ut tantum eos casus non praestet*, quibus resisti non potest, veluti mortis servorum, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium.“ “ “

l. 5. §. 4. D. eod. „quod senectute contigit, vel vi latronum ereptum est, aut simile quid acciderit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat; proinde et si incendio vel ruina aliquid

contigit, vel aliud damnum fatale, non tenebitur, *nisi forte, cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.* “ “ “ Hieraus entsteht die Frage: „Mufs der Commodatar die commodirten Sachen „im Nothfalle den seinigen unbedingt vorziehen?“ Diefs behauptet Doneau ohne Einschränkung, und es ist nicht zu verkennen, dafs die Bitte des Commodatars um das Commodat allerdings für diese Behauptung streitet. — — Bedenkt man nun aber auf der anderen Seite, dafs der Commodatar für reinen Zufall nicht steht, und nach Doneau's Behauptung mit seinem eigenen Verderbe das Beste des Commodanten retten müfste, so scheint diese Behauptung dahin modificirt werden zu müssen, dafs der Commodatar in solchen Nothfällen nur nicht sich

allein helfen und das Commodat ganz unbedacht lassen soll. Mir dünkt es demnach der Rechtsgleichheit weit angemessener, den Commodatar zur Rettung gleichen Werthes für beide Theile tenent zu machen, d. h. er soll verbunden seyn, nicht mehr an Werth von seinen Sachen zu retten, als von jenen des Commodanten. — Es heisst in der angeführten Stelle „*res commodatas*“ nicht „*rem commodatam.*“ So lange also der Commodatar eben so viel für den Commodant als für sich aus einer solchen Gefahr gerettet hat, kann man nicht von ihm sagen „*suas res praetulit commodatis,*“ und dann wäre er für nichts gehalten.

l. 5. §. 14. D. eod.

§. 16. Instit. de obligat. quae ex delicto nascuntur „is, qui commoda-

tum utendi caussa accepit, necesse
habet *custodiam* praestare.“ “ “

§. 2. Instit. quibus modis re contrahitur
obligatio „is, qui utendum accepit,
sane quidem exactam diligentiam
custodiendae rei praestare jubetur,
sed propter maiorem vim maioresve
casus non tenetur.“ “ “ In l. 1. §. 4.

D. de obligat. et actionibus werden
dieselben Worte vorgetragen, nur
statt „exacta“ „exactissima“ . . .

Es versteht sich, daß der Commo-
datar die actio furti hat, weil er
für custodia plena sogar haftet, l. 14.
§. 15. D. de furtis „non solum autem
in re commodata competit ei, cui
commodata est, furti actio, sed etiam
in ea, quae ex ea nata est, quia et
hujus custodia ad eum pertinet.“ “ “

Es giebt jedoch Fälle, wo der
Commodatar weder für diligentia
noch für custodia, sondern nur für

culpa lata haftet. Der erste ist, wenn das Commodat zum Vortheile beider Contrahenten gereicht l. 18. pr. in fine D. commodati. Der zweite, wenn es blos den Vortheil oder Wohlgefallen des Commodanten bezwecket l. 5. §. 10. D. commodati.

n) der Depositär steht nur für *dolus* und *culpa lata*.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 1. §. 8. D. de positi, „si vestimenta servanda balneatori data perierunt; siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat praestare debere puto “ “ “ also auch in Hinsicht der Destruction und des Abhandenkommens haftet er nur für *culpa lata*.

l. 32. D. eod.

l. 1. §. 5. D. de obligat. et action.
 „is, apud quem rem aliquam depo-
 nimus, de restituenda ea tenetur; sed,
 si etiam negligenter, rem custodi-
 tam amiserit, securus est, quia non
 sua gratia accipit, sed ejus, a quo
 accipit: in eo solo tenetur, siquid
 dolo perierit; negligentiae vero no-
 mine (das heisst mediae) ideo non
 tenetur, quia, qui negligenti amico
 rem custodiendam committit, de se
 queri debet; magnam tamen negli-
 gentiam placuit in doli crimine ca-
 dere. “ “ “

§. 17. Instit. de obligat. quae ex delicto
 nascuntur „is, apud quem res depo-
 sita est, custodiam non praestat“ —
 darum hat et auch die actio furti
 nicht. — §. cit. und l. 14. §. 3. D.
 de furtis.

l. 1. Cod. depositi.

l. 5. §. 2. D. commodati „dolum tantum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus — nisi forte et merces accessit, tunc enim et culpa venit“ überhaupt gehört dann der Fall unter die Rechtsgrundsätze von der Locatio Conductio. vergl. l. cit. 1. §. 8. D. depositi.

o) Der Empfänger eines Precariums haftet gleichfalls nur für *dolus* und *culpa lata*.

l. 23. D. de regulis juris.

nicht für culpa levis, nicht einmal für custodia in Bezug auf den Diebstahl steht er.

l. 8. §. 6. D. de precario.

l. 14. §. 11. D. de furtis. *)

*) In diesen beiden Stellen wird er post interdictum redditum für culpa tenent gemacht

p) der Geschäfteverwalter (negotiorum gestor) haftet für *diligentia* im engen Sinne sogar.

l. 25. D. de regulis juris. l. 36. D. eodem.

§. 1. in f. Institut. de obligationibus quae quasi ex contractu nasc. „ad *exactissimam* negotiorum gestor *diligentiam* compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, *si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* “ “ “

Unternimmt er Dinge, welche der Geschäftsherr nicht gewöhnt ist zu unternehmen, so steht er auch für den Casus; aber, was er auf der einen Seite

d. h. er wird nun so behandelt, wie der bonae fidei possessor nach erhobener Klage.

genutzt auf der andern geschadet hat,
kann er compensiren.

l. 11. D. de negotiis gestis.

q) In den ungenannten Contracten
wird *culpa levis* prästirt, sobald die Reue
wegfällt — vorher kann keine Rede von
Prästation der Unthätigkeit seyn. — —
Wer den Tausch unter die Kategorie
der ungenannten Contracte rechnet, wird
nur eben so, wie der, welcher ihn mit
Langsdorf (diss. de pactis et contracti-
bus Romanorum. 1777.) zu den Realcon-
tracten im engen Sinne zählt, zugeste-
hen, daß dieses Geschäft in allen nicht
besonders bestimmten Verhältnissen mit
dem Kaufcontracte übereinstimmt.

l. 2. D. de rerum permutatione „per-
mutatio vicina est emtioni. “ “ “

l. 2. Cod. de rerum permutatione
„permutationem vicem emtionis ob-
tinere non est juris incogniti. “ “ “

und daher von jedem Contrahenten das zu prästiren ist, was der venditor leistet d. h. *culpa lata, levis*, und *custodia plena*. — — Besondere Stellen über die Præstatiön des Fleißes beim Tausche haben wir nicht.

Berichtigungen

der wegen Entfernung des Druckortes eingeschlichenen Druckfehler:

Zeile 16. Seite 37. lies: hinter „Weiden:“ „und Fressen“ „

— 1. — 54. lies: „Beschädigenden“ „

— 3. — 57. lies: statt „würde“ „wurde“ „

— 6. — 70. lies: statt „Function“ „Sanction“ „

— 24. — 112. lies: statt „*diligentiam*“ „*diligentiae*“ „

— 4. — 120. lies: hinter „sie“ „in“ „

— 11. — 125. lies: hinter „*malo*“ „*ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci; sed et si non dolo malo etc.*“ „

— 12. — 128. lies: hinter „*debuerim*“ „*vi mihi adempta fuerit; quamvis eam custodire debebam*“ „

— 14. — 129. lies: statt „mit“ „auf“ „

— 10. — 145. setze am Ende hinzu „der“ „

— 4. — 170. lies: statt „von“ „vor“ „

— 1. — 197. lies: hinter „*culpa*“ „*levis* oder“ „

— 10. — 201. lies: statt „nur“ „mit“ „

Seite 202. setze am Ende hinzu: „Dem Schenker wird alle nicht grobe Unthätigkeit verziehen“ „

Schömann, Franz, 1781-1813

Lehre vom Schadensersatz

Bd.: 1

Giesen und Wetzlar 1806

J.rom.m. 462-1/2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567121-9